Crim.
449
i

Crim. Funk
449 i

Das

Verbrechen des Diebstahls,

nach

Preußischem Rechte

dargestellt

von

Aemil Funk,
Oberlandesgerichts-Assessor.

VII / II 2

KÖNIGL. KREIS GERICHT ...

F. 157.

Magdeburg:
Wilhelm Heinrichshofen.

1837.

J. n. 5176

Gabe der Notgemeinschaft der Deutschen Wissenschaft

Vorwort.

Vielfache Kräfte sind mit ausgezeichnetem Erfolge im letzten Jahrzehende der wissenschaftlichen Beurtheilung des Preußischen Zivilrechts zugewendet. Eine systematische Bearbeitung des Kriminalrechts ist noch nicht versucht. Ausbleiben wird auch eine solche gewiß nicht. Als Vorarbeiten können einzelne Monographien nützlich sein. Den Versuch einer solchen hat der Verfasser gewagt, und zwar hat er die Lehre vom Diebstahl gewählt, weil diese nicht nur in der Praxis eine der wichtigsten ist, sondern auch gerade die gesetzlichen Bestimmungen darin vielen Zweifeln bei der Anwendung unterliegen. Der praktische Gesichtspunkt hat bei der Arbeit wesentlich vorgeherrscht; daher das gemeine Recht überall nur kurz angedeutet worden, genauer dagegen die einzelnen **in praxi** kontroversen Fragen erörtert

sind. Manches Mangelhafte mag sich in der Arbeit finden; möge wenigstens das etwa Brauchbare anerkannt werden!

Magdeburg, im Januar 1837.

Aemil Funk.

Inhalts-Uebersicht.

Allgemeiner Theil.

Begriff des Diebstahls. §. 1 .... S. 1
Requisite des Thatbestandes
1) hinsichtlich des Objekts, §. 2 .... » 1
res mobilis .... » 2
eine dem Besitzrechte eines Andern unterworfene Sache — §. 1350 II. 20 — §. 1109 ibid. —; res nullius — §. 1154 —; hereditas expilata — §. 1127 —; Funddiebstahl, §. 72, I. 9 .... S. 2 — 9
2) hinsichtlich des Subjekts und dessen animus — §. 3 .... S. 9
§. 17 h. t. —; res aliena —; invito domino —; animus lucri faciendi —; §. 1108 h. t. —; §. 1398 Entwendung von Urkunden —; Fall der echten Noth, §. 1115; — furtum usus —; Beweis der diebischen Absicht, §. 1112 .... S. 9 — 17
3) hinsichtlich der Handlung des Verbrechers, §. 4 .... S. 17
Durch Apprehension wird delictum consummatum, §. 1114; — Grenze zwischen Raub und Diebstahl, Nichtanwendung schmerzzufügender Gewalt, §. 15 u. 22 ZB. v. 26. Febr. 1799 — und zwar vor vollendetem Diebstahle .... S. 17 — 21.

Spezieller Theil.

Uebersicht der einzelnen Fälle, §. 5 .... S. 21
I. Gemeiner Diebstahl.
A. Gewöhnliche Fälle, §. 6 .... » 22
1) großer
2) kleiner. Anwendbarkeit körperlicher Züchtigung — Ehrenstrafen — Fortgesetzter Diebstahl — Schärfungsgründe; Milderungsgründe — .... S. 23 — 27
B. Milder zu bestrafende Fälle, §. 7 .... S. 27

1) Forstfrevel .... S. 27
2) Diebstahl aus Lüsternheit oder Bedürfniß — §. 1122. 1123. S. 27 — 28
3) Diebstahl des Miterben an der Erbschaft — §. 1127 .... S. 29
4) Familiendiebstahl — §. 1133 — 1136 —. Was sind Hausgenossen? — Rüge; Zurücknahme .... S. 29 — 31
C. Diebstahl unter erschwerenden Umständen, §. 8 .... S. 32
1) Hausdiebstahl — §. 1137 — 1140; §. 1131; §. 1332; §. 1350 „ 33
2) Diebstahl an Sachen, die nicht unter genauer Aufsicht gehalten werden können — §. 1141 — 1147 .... S. 36 sqq.
a) an geretteten oder geflüchteten Sachen in Feuers-, Wassers-, Kriegsnoth — KO. v. 22. Juli 1832 — v. 20. April 1835 ...... S. 36
b) an Thieren, Zug-, Last-, Nutzvieh — KO. v. 4. August 1832 „ 37
c) an Ackergeräthschaften, die gewöhnlich auf dem Felde stehen bleiben .... „ 38
d) an Bienenstöcken .... „ 38
e) an noch nicht gesammelten Feld- und Gartenfrüchten .... „ 39
f) an dem im Walde oder an der Ablage stehenden, sowie Schwemm- und Flößholze .... „ 39
g) an Wild und Fischen: mit Schießgewehr, Netzen und Schlingen — Jagdkontravention — Gewerbmäßiger Wilddiebstahl — Entwendung aus Hältern, Privatseen, Teichen .... S. 40 — 43
3) Diebstahl in öffentlichen Gebäuden, oder an Sachen des Landesherrn, der Kirchen, Stiftungen, öffentlichen Anstalten — §. 14 ZV. — Was sind öffentliche Gebäude? — Diebstahl geweiheter Sachen — Strafmaaß des §. 14 cit. .... S. 44 — 47
4) Diebstahl an öffentlichen Denkmälern, oder Zierrathen öffentlicher Gebäude oder Plätze — §. 1151 — .... S. 47
5) Diebstahl an Gräbern oder Leichen — §. 1152 — 1155 .... „ 47
6) Lazarethdiebstahl — VO. v. 13. Octbr. 1813 .... „ 48
7) Diebstahl mit außerordentlicher List, Schlauheit, Verwegenheit — §. 1150 — .... „ 49
8) Diebstahl mit Waffen, ohne deren Gebrauch — §. 1157 .... „ 49
9) Wiederholter gemeiner Diebstahl .... „ 50
a) Mehrere unbestrafte Diebstähle — §. 1158 .... „ 51
b) Zweiter gemeiner Diebstahl — §. 1159. §. 11 ZV. .... S. 52 — 56
Eine bereits erlittene poena extraordinaria; ebenso eine Strafe wegen kleinen Diebstahls genügt stets.
c) Dritter gemeiner Diebstahl — §. 1160, §. 12 ZV. .... S. 56 — 59

Es ist nicht erforderlich frühere Bestrafung wegen zweiten Diebstahls — Detention bis zur Besserung kann auch beim dritten kleinen Diebstahle, kann auch extraordinarie erkannt werden.

d) Vierter gemeiner Diebstahl — §. 1161, §. 13 ZB. .... S. 59 — 60

Das Strafmaaß ist das des ersten gewaltsamen Diebstahls.

e) Fünfter gemeiner Diebstahl .... S. 61

II. Gewaltsamer Diebstahl, §. 9 .... S. 62 sqq.

A. Ohne erschwerende Umstände, §. 1163; §. 15 ZB.

1) Durch Erbrechen verschlossener Räume .... S. 62

2) Durch Einsteigen in Gebäude, gefährliches, §. 1164; in unbewohnte Gebäude, §. 1169 .... „ 63

3) Durch Oeffnen mittelst Nachschlüssel oder anderer Werkzeuge, §. 1165. — Das Oeffnen muß vor vollendetem Diebstahle statt gefunden haben. — Was ist Nachschlüssel? — .... „ 65

4) Durch Losschneiden von Gepäck von Fuhrwerken, §. 1178. §. 1179 „ 68

5) Mit Drohungen oder Handanlegen an einen Menschen, ohne Schmerz zuzufügen .... „ 70

Die Strafe des gewaltsamen Diebstahls findet statt beim Einschleichen oder sich einschließen lassen bei Nacht — §. 1166 .... „ 72

Gewaltsamer Diebstahl aus Lüsternheit — §. 1170. — Wann ist beim gewaltsamen Diebstahle delictum consummatum? — §. 1171 —. Das Strafmaaß des gewaltsamen Diebstahls nach §. 16 ZB. ist 1 — 10 Jahre .... S. 74 — 76

B. Unter erschwerenden Umständen, §. 10.

1) Fälle der §§. 1174—1180 h. t.; die dortigen Erschwerungsgründe sind nach der ZB. nur Schärfungsgründe .... S. 76

2) Wiederholter gewaltsamer Diebstahl .... „ 78

a) Mehrere unbestrafte Fälle — §. 1181, 1182 .... „ 78

b) Zweiter gewaltsamer Diebstahl, §. 1183, §. 18 ZB. setzt Verbüßung der Strafe des ersten voraus. Einsperrung bis zur Begnadigung ist nur poena ordinaria .... S. 79 — 81

c) Dritter gewaltsamer Diebstahl, §. 20, §. 21 ZB. .... S. 81

III. Diebstahl in Banden, §. 11 .... S. 81 sqq.

Begriff einer Bande, §. 1209 h. t.; §. 26 ZB. — Rädelsführer — Strafe der Milglieder .... S. 81 — 83

IV. Theilnehmung am Diebstahle, §. 12 .... S. 83 sqq.

A. Vor der That verabredete Theilnahme an dem Verbrechen und dessen Vortheilen, §. 73, §. 1218, 1219 h. t., §. 1222 .... S. 83

B. Theilnahme an den Vortheilen des Diebstahls nach der That, §. 83 „ 84

C. Diebeshehlerei, §. 1223, §. 1230 h. t., §. 28 ZB. .... „ 85

D. Wissentlicher Ankauf gestohlener Sachen, §. 1238, §. 1243 .... „ 86

E. Unvorsichtiger Ankauf gestohlener Sachen, §. 1231 sqq. — Bestrafung des Ankäufers, ohne daß der Dieb ermittelt ist; VO. v. 5. Mai 1809 .... S. 86 — 88

V. Untersuchung des Verbrechens des Diebstahls, §. 13 .... S. 88 sqq.

A. Beweis des objektiven Thatbestandes — §. 179 Kr. O. VO. vom 4. Dez. 1824. — §. 186 — 189; §. 181 — 182 Kr. O. .... S. 89

B. Beweis der Thäterschaft .... » 90

C. Untersuchungsverfahren — §§. 208, 247, 294, 298, 437 Kr. O. » 90.

Bayerische Staatsbibliothek München

Das Verbrechen des Diebstahls.

§ 1.

Begriff.

Diebstahl ist nach Preußischem Rechte jede ohne schmerzzufügende Gewalt gegen Personen vollbrachte Apprehension einer dem Besitzrechte eines Andern unterworfenen beweglichen Sache, unternommen ohne dessen Einwilligung und ohne behauptete Rechte, zu eigennützigen Zwecken.

Es enthält diese Definition zwar Merkmale, welche in der Bestimmung des §. 1108 II. 20 A. L. Rs.:

> „Wer um seines Gewinnes, Vortheils und Genusses willen eine bewegliche Sache aus dem Besitze eines Andern ohne dessen Vorbewußt oder Einwilligung entwendet, der macht sich eines Diebstahls schuldig."

nicht enthalten sind. Die Richtigkeit der aufgestellten Requisite ergibt sich jedoch bei deren näherer Erwägung. Die einzelnen Erfordernisse des Thatbestandes des Verbrechens beziehen sich

1) auf das Objekt,
2) auf das Subjekt,
3) auf die Handlung, des Verbrechens.

§ 2.

Requisite des Thatbestandes: 1) hinsichtlich des Objekts.

Gegenstand des Diebstahls kann nur sein eine körperliche, bewegliche, dem Besitzrechte eines Andern unterworfene Sache.

1) Daß nur körperliche Sachen entwendbar sind, bedarf keiner Ausführung.

2) Das Requisit einer res mobilis ist nach dem §. 6 I. 2 A. L. Rs. gegebenen Begriffe einer res immobilis, als einer solchen, welche unbeschadet ihrer Substanz nicht transportirt werden kann, für das Preußische Recht ohne Ausnahme richtig. Die Lehrer des gemeinen Kriminalrechts stellen zwar eben jenes Erforderniß auch schon auf. Die Quellen — fr. 25 de furtis — sagen jedoch nur, daß an einem fundus — der Erdoberfläche selbst, und den darauf stehenden Gebäuden — ein furtum nicht möglich sei: insofern daher nach Römischem Rechte als res immobilis auch alles organisch mit der Erdoberfläche Verbundene, und durch die Natur im Innern derselben Befindliche angesehen wird, ist ein Diebstahl an Sachen, die wenigstens bis zur Entwendung res immobiles sind, z. B. einem Baume, der mit seinen Wurzeln ausgegraben und verpflanzt wird, an Steinen, die in einem fremden Steinbruche heimlich gesprengt werden, möglich.

Das Verbrechen einer Besitznahme einer unbeweglichen Sache mit diebischem animus wird im §. 1184 h. t. mit 2 — 3jähriger Freiheitsstrafe bedrohet: es wird jedoch ausdrücklich eine gewaltsame Besitznahme erfordert. Eine bestimmte ratio legis, weshalb nur der Gebrauch der Gewalt strafrechtlich verpönt worden, ist nicht recht ersichtlich. Denn offenbar liegt doch mehr als eine causa mere civilis auch dann vor, wenn Jemand in rein diebischer Absicht seinem Nachbar vom Acker etwas abpflügt; also von einer Gewalt, welche eine Kraftanwendung zur Ueberwindung eines Widerstandes des Gegenstandes, gegen den sie verübt wird, voraussetzt, nicht die Rede sein kann: dessen ungeachtet hat man für einen solchen Fall, sobald nicht zugleich eine ex §. 1403 h. t. zu bestrafende Verrückung von Grenzzeichen statt gefunden hat, kein weiteres Strafgesetz, als die allgemeine Aushülfsbestimmung des §. 1105 h. t.

„Wer einen Andern ohne Recht an seinem Eigenthume beschädigt, soll — verhältnißmäßige Strafe leiden."

3) Die Sache, an der ein Diebstahl begangen werden soll, muß endlich der Gewahrsam, oder wenigstens dem Besitzrechte eines Andern unterworfen sein.

Wesentlich ist also zuvörderst, daß erst durch die Entwen

dung der Dieb in den bisher noch nicht gehabten Naturalbesitz kommt. Sobald Jemand nur unerlaubte Dispositionen zu eigennützigen Zwecken mit einer von ihm an sich aus erlaubten Gründen detinirten Sache vornimmt, so liegt stets, je nach dem Verhältnisse des Inhabers zum dominus, und je nach der Art der getroffenen Dispositionen, Betrug, Untreue, oder Unterschlagung, nie aber Diebstahl, vor. Die einzige positive Ausnahme ist der Fall des § 1350 h. t.:

„Veruntreuungen des gemeinen Gesindes und der Hausgenossen durch Unterschlagung der ihnen anvertraueten Gelder oder Sachen sollen — als Hausdiebstahl angesehen und bestraft werden."

Für mehrere Fälle der Unterschlagungen ist die Strafe des Diebstahls ebenfalls angedroht — §. 1347 §. 1351 §. 1373 §. 1384 —: in dem erwähnten Falle allein aber bestimmt, daß das begangene Verbrechen selbst als Diebstahl angesehen werden solle: derselbe enthält also allerdings eine Ausdehnung des Begriffs des Diebstahls und die angedrohte Strafe wird als wirkliche Diebstahlsstrafe mit der Wirkung anzusehen sein, daß bei später begangenem Diebstahle die Strafe des zweiten eintritt.

Wenn eine Sache in Jemandes Besitze ist, so ist, den animus furis vorausgesetzt, die Entziehung dieses Besitzes stets das zum Diebstahle genügende Requisit.

„Ob die Sache dem wahren Eigenthümer, oder einem bloßen Besitzer entwendet worden, macht keinen Unterschied. §. 1109 h. t.

Es ist also auch gleichgültig, ob der Besitzer redlicher, oder unredlicher sei. Selbst bei einem Diebe kann eine Sache wiederum gestohlen werden. Er hat zwar nach Preußischem Rechte keinen Besitz, diesen hat aber durch seinen Diebstahl der rechtmäßige Besitzer gar nicht verloren;*) und dieser ist daher auch bei einem zweiten Diebstahle wiederum als Damnifikat anzusehen

*) Dies ist zwar noch eine civilistische Kontroverse. Will man indessen auch gegen den Inhalt der von Bornemann — Zivil-R. Bd. I. p. 521 — exzerpirten Materialien zum A. L. R. annehmen, die gestohlene Sache in Händen des Diebes sei in Niemandes Besitze, so ist doch jedenfalls der bisherige Besitzer kraft seines Rechts stets noch befugt, jeden Dritten von der Besitznehmung auszuschließen: hinsichtlich seiner liegt also, wenn ein Dritter dem Diebe die gestohlene Sache entwendet, nach §. 1111 h. t.

Ferner kommt aber auch darauf nichts an, ob der den Besitz Entziehende selbst Rechte auf die Sache hatte, ja ob er selbst Eigenthümer war. §. 1110:

„Auch derjenige, welcher seine eigene Sache einem Andern, welchem auf deren Besitz, Genuß, oder Verwahrung ein Recht zukommt, in der Absicht, mit dem Schaden desselben sich Vortheile zu verschaffen, entwendet, begeht einen Diebstahl.

Der Pfandschuldner also, der die im Besitze des Gläubigers befindliche verpfändete Sache entwendet, der Eigner, der die dem Nießbrauche eines Andern unterworfene Sache nimmt, der deponirende Eigenthümer, der dem Depositar die res deposita heimlich nimmt, um demnächst nochmals von ihm Schadenersatz zu fordern: alle diese begehen einen Diebstahl. Nothwendig ist jedoch bei diesen Fällen des gemeinrechtlichen furti possessionis, daß der, dem die Sache entzogen ist, Besitzrechte hatte, welche eben allein Gegenstand des Diebstahls sind und deren Werth und Interesse die Frage auch: ob der Diebstahl groß oder klein sei? entscheidet. Wenn also einem Diebe die gestohlene Sache vom Damnifikaten selbst, der im Augenblick der Handlung nicht weiß, daß er seine eigene Sache nimmt, wieder entwendet wird, so liegt ein Diebstahl nicht vor. Denn nur der Inkulpat selbst könnte auch der Damnifikat sein, und eben deßhalb fehlt es am objektiven Thatbestande des Verbrechens.

An einer res communis kann ein Miteigenthümer einen Diebstahl unzweifelhaft begehen, in Ansehung des Theiles der ihm nicht gehört.

An einer res nullius — als solche sind auch, nach erklärter Absicht des bisherigen dominus, derelinquirte Sachen anzusehen §. 16 I. 9. A. L. R. — ist ein Diebstahl nicht möglich, so lange Niemand ein Besitzrecht auf dieselben erworben hat. Dieß wird aber erst erworben durch Erlangung der Gewahrsam — §. 9, 10 ibid —. Zur Besitzergreifung gemachte Anstalten geben nach der klaren Vorschrift des §. 11 ibid. — noch kein Recht zum Besitze, sondern haben nur die Folge — §. 12 —,

---

stets ein Diebstahl vor, und es widerlegt sich auch durch eben diesen §. das von Bornemann l. c. not. † angeregte Bedenken gegen die Ansicht von Koch vollständig.

daß der, welcher durch unerlaubte Handlungen dabei stört, selbst Besitz nicht erwerben kann. Eine Entwendung einer solchen Sache während gemachter Anstalten ist also auch noch kein Diebstahl, und der §. 1111 h. t. ist auf solche Fälle nicht zu beziehen, da er ein bereits erworbenes ausschließliches Recht der Besitznahme voraussetzt.

Als res nullius sind insbesondere noch anzusehen Leichen. Die in's Grab gelegten Kleidungsstücke, Kostbarkeiten, der Sarg, bleiben zwar natürlich Eigenthum der Erben, hieran ist also ein Diebstahl unbedingt möglich; von einem Eigenthume der Leiche selbst hingegen kann, wie von selbst erhellt, die Rede nie sein. Die Entwendung derselben wird, wenn Niemand auf Bestrafung des Thäters anträgt, nach §. 1155 h. t. mit 8 Tagen bis 4 Wochen Gefängniß bestraft; erfolgt Seitens der Verwandten des Verstorbenen ein Antrag, so soll der Thäter als Injuriant bestraft werden — §. 1154 h. t. —. Diese sehr isolirte und eben so vage Bestimmung würde, wenn sie nicht so selten zur Anwendung kommen müßte, vielen Zweifeln unterliegen. Im Allgemeinen läßt sich hiebei wohl aufstellen: erstlich, daß der Antrag der Verwandten, eben so, wie bei Injurien, auf eine dreimonatliche Verjährungsfrist zu beschränken ist; ferner, daß es gleichgültig ist, ob die nächsten oder entfernteren Verwandten den Antrag formiren; demnächst, daß die zu verhängende Strafe im Allgemeinen die symbolischer Injurien ist, daß jedoch auf eine geringere, als die §. 1155 bestimmte Strafe niemals zu erkennen sein wird, da der statt findende Antrag dem Thäter nie zum Vortheile gereichen kann; endlich, daß, wenn der Thäter höheren Standes, auf Geldbuße zu erkennen ist, so wie, daß bei Entwendung königlicher Leichen crimen laesae majestatis vorliegt. Eine positive Ausnahme von diesen Bestimmungen findet ex §. 1152 h. t. statt, wenn ein Todtengräber Leichen entwendet. Sein Verbrechen wird als wirklicher Diebstahl angesehen.

Das Römische Recht betrachtete als res nullius auch die hereditas jacens. Nach Preußischem Rechte — §. 367 I. 9 A. L. R. — geht sofort mit dem Tode des Erblassers das Eigenthum des Nachlasses auf die Erben über: und somit ist eigentlich der ursprüngliche Begriff einer hereditas jacens von selbst aufgehoben, oder wenigstens restringirt auf singulaire Fälle, z. B. wenn die Erbschaft sub conditione suspensiva hinter-

lassen ist, oder die sich meldenden Erben, die nicht im Besitze sind, sich erst legitimiren müssen. Ein Diebstahl ist an Sachen einer liegenden oder ungetheilten Erbschaft unbedingt möglich, so wohl von Seiten Dritter, als von Seiten der Miterben selbst. Hinsichtlich Letzterer liegt im Allgemeinen ein Diebstahl einer res communis vor: die hiefür geltenden Grundsätze der Feststellung des objecti furti leiden jedoch eine positive Modifikation dadurch, daß nach §. 1127 auch auf den Schaden der Erbschaftsgläubiger Rücksicht zu nehmen ist. Die §. §. 1127 und 1128 bestimmen:

„Wenn ein Erbe aus einer liegenden, oder noch ungetheilten Erbschaft etwas entwendet, um sich dadurch mit dem Schaden seiner Miterben oder der Erbschaftsgläubiger einen Vortheil zu verschaffen, so muß er nicht nur vollkommenen Ersatz leisten, sondern auch den doppelten Werth der entwendeten Sache der Armenkasse als Strafe erlegen."

„Kann er diese Geldstrafe nicht aufbringen, so muß er als gemeiner Dieb bestraft und dabei auf die Quantität dessen, was durch den Diebstahl den Miterben und Gläubigern entzogen werden sollen, Rücksicht genommen werden."

Die ex §. 1128 zuzulegende Berechnung ist leicht aufzustellen. Ist die Erbschaft insolvent, so ist stets der ganze Werth des Gestohlenen als den Gläubigern entzogen anzusehen: ist sie solvent, so ist vom Werthe der Sache abzuziehen die Quote des Werths, die sich ergiebt, wenn man das Netto Erbtheil des Diebes dividirt durch den Brutto Betrag des ganzen Nachlasses; z. B.:

10000 Rthlr. ist Nachlaßmasse 8000 Rthlr. Passiva; eine Summe von 2000 Rthlr. ist gestohlen; der Dieb ist Erbe zu $\frac{1}{10}$.

Des Diebes reines Erbtheil ist $\frac{10000-8000}{10} = 200$ Rthlr., also $\frac{200}{10000} = \frac{1}{50}$ des ganzen Brutto Nachlasses; von den 2000 Rthlr. geht ihm also $\frac{1}{50} = 40$ Rthlr., das er nur sich entzogen, zu Gute, 1960 Rthlr. dagegen hat er theils den Gläubigern, theils den Miterben entzogen. Cf. (Sievert) Material. Heft III. S. 55.

Zu bemerken dürfte hier nur noch sein, daß dem Diebe die Erlegung der poena dupli frei stehen muß, bis zur Vollstrekkung des auf dieselbe gerichteten Strafurtels. Hat also Ersatz und Strafzahlung nicht schon im Laufe der Untersuchung statt gefunden, so wird der Richter stets eventuell zu erkennen haben auf die Diebstahlstrafe, und sobald bei der Exekution die volle Geld-

strafe nicht erlegt wird, so wird diese eventuell erkannte Strafe zu vollstrecken sein.

Endlich ist hier nur noch zu erörtern der sg. Funddiebstahl, hinsichtlich dessen auch das Preußische Recht die schon im gemeinen Kriminalrechte kontroversen Punkte wohl nicht überall zweifelsfrei erledigt hat.

Die gemeinrechtlichen, hier nicht weiter auszuführenden Prinzipien erhellen am klarsten aus den einzelnen Entscheidungen spezieller Fälle bei Ulpian im fr. 43 de furt. Die dort aufgestellten Grundsätze sind im Wesentlichen folgende: Das Inbesitznehmen einer Sache die man findet, ist an sich nie etwas Unerlaubtes: denn da der faktische Besitz des bisherigen Inhabers stets aufgehört hat, so ist die Apprehension des Finders eine fehlerfreie. In einen vitiosen Besitz verwandelt sich aber dieselbe, sobald der ihm bekannt werdende Verlierer die Sache reklamirt, und die Rückgabe nicht geschieht: von da an wird das Zurückbehalten eine contrectatio, und zwar, so weit diese mit dem animus lucri faciendi verbunden ist, eine furtiva: von dieser Retention an über einen gewissen Moment hinaus wird der Finder ein Dieb.

Das Prinzip des älteren Deutschen Rechts ist ausgesprochen im Sachsenspiegel II. 37:

„Svat so jemand vind, besäkt hes, of man darna vraget so is it düvech.“

Cf. Carpzov Pract. rer. crim. II. qu. 86.

Für das Preußische Recht muß man zuvörderst davon ausgehen, daß nach §. 1108 zum Begriffe des Diebstahls gehört, daß eine Sache aus dem Besitze eines Andern entwendet wird: insofern nun aber ein wesentliches Merkmal einer verlorenen Sache ist, daß der Besitz des bisherigen Inhabers an ihr aufgehört habe, schließen sich die beiden Begriffe einer res perdita und eines furtum schon an sich gegenseitig aus. Auch aus dem §. 1111 h. t. kann man keinesweges folgern, daß an verlorenen Sachen in Bezug auf die Lehre vom Diebstahle eine Fortdauer des Besitzes des bisherigen Inhabers anzunehmen sei. Denn hier heißt es:

„Auch an Sachen, die noch nicht im Besitze einer gewissen bestimmten Person sich befinden, wird ein Diebstahl begangen, wenn die Entwendung ohne Vorwissen und Einwilli-

gung desjenigen geschieht, welchem das Recht zukommt, Andere von der Besitznehmung auszuschließen."

Schon die Wortfassung ergibt, daß verlorene Sachen nicht so hätten bezeichnet werden können: „die noch nicht im Besitze einer gewissen bestimmten Person sind." Jenes Gesetz bezieht sich vielmehr auf ganz andere Fälle, und spricht lediglich den Grundsatz aus: daß Jemandem eine ihm zugehörige Sache, in deren Naturalbesitz er jedoch noch nicht gesetzt gewesen ist, entwendet werden könne. Als Folge aus den allgemeinen Begriffsbestimmungen kann man also den Satz hinstellen: daß ein Finder, eben weil er durch den Fund in den Besitz der Sache gekommen, nie mehr Dieb werden kann, da es unmöglich ist, daß er durch Entwendung die Gewahrsam der Sache erlange. Hiebei ist an sich selbst gleichgültig, ob der Finder schon zur Zeit des Fundes weiß, wem die Sache gehört, oder ob er dieß erst später erfährt: denn auch ersterenfalls liegt ein Fund vor, sobald nur die Sache wirklich eine verlorene ist: ob dieß der Fall sei, ist lediglich nach den zivilrechtlichen Grundsätzen über Aufhören des Besitzes — §. 111 sqq. I. 7 — zu beurtheilen. Die unerlaubte Retention einer gefundenen Sache, die gemeinrechtliche contrectatio, karakterisirt sich also nach allgemeinen Grundsätzen im Preußischen Rechte nie als furtum, sondern kann, von den Zivilfolgen abgesehen, möglicherweise strafbar nur als widerrechtliche Beschädigung fremden Vermögens werden.

Von diesen allgemeinen Prinzipien ist nun aber Eine rein positive Ausnahme aufgestellt, wo ein Finder dennoch als Dieb betrachtet werden soll.

Der §. 1132 h. t. sagt:

„Wie Einer, welcher sich gefundene Sachen widerrechtlich zueignet, zu bestrafen sei, ist am gehörigen Ort bestimmt. (Th. I. Tit. 9. §. 70-73.)

und am letzteren Orte heißt es:

§. 72. Wer auf außergerichtliches von dem Verlierer, oder in seinem Namen an ihn ergangenes Befragen den Fund ganz, oder zum Theil, ableugnet, ist ein unredlicher Besitzer.

§. 73. Wer auf Befragen des Richters sich eines solchen Leugnens schuldig macht, ist als ein Dieb zu betrachten.

Es ist zwar bestritten, ob der §. 73 cit. als Strafgesetz angesehen werden könne — cf. Klein Zivil-R. Ed. Rönne §. 174

not. 1 — und man kann so viel nicht verkennen, daß jene Bestimmung auch unzweifelhaft die zivilrechtlichen Folgen eines Ableugnens des Fundes hat aufstellen wollen — cf. §. 242 I. 7 —: allein entscheidend ist, daß der §. 1132 h. t. ausdrücklich auf §. 73 verweis't, und die letztere Vorschrift also im Strafrechte für wiederholt zu achten ist.

Wenn sonach Jemand vom Richter befragt ist: ob er eine verlorene Sache gefunden habe? dieß geleugnet hat, und ihm dann der Fund nachgewiesen wird, so ist er als gemeiner Dieb zu bestrafen. Es ist wohl die Frage aufgeworfen: ob ein geschehenes Ableugnen vor der Polizeibehörde nach §. 73 zu bestrafen sei? man wird dieß jedoch lediglich auf Grund der Worte des Gesetzes selbst verneinen müssen. Was für eine Veranlassung dagegen ein Richter zur Frage gehabt, muß gleichgültig sein, da Jeder dem Richter Antwort schuldig ist. Ob die Strafe des großen oder kleinen Diebstahls eintritt, hängt von dem Werthe des abgeleugneten Fundes ab. Endlich versteht sich von selbst, daß zur Anwendung des §. 73 feststehen muß, daß die Sache eine verlorene sei: der Verlierer muß also bekannt sein, und es muß konstiren, daß er die Sache nicht derelinquirt habe. Cf. Simon v. Strampff Rechtsspr. Bd. I. S. 367.

Schließlich würde zu den Requisiten des Diebstahls hinsichtlich des Objekts noch gehören, daß eine Sache von irgend einem Werthe entwendet worden. Dieß Erforderniß steht jedoch in innigem Zusammenhange mit dem animus lucri faciendi, wird also besser nachher zu erwähnen sein.

§. 3.

2) Hinsichtlich des Subjekts und dessen animus.

Was das Subjekt und dessen animus anlangt, so ist

1) zuvörderst, wie sich von selbst versteht, Zurechnungsfähigkeit auf Seiten des Thäters überhaupt, wie bei jedem Verbrechen, so auch beim Diebstahle erforderlich. Specielle, von den allgemeinen Grundsätzen in Bezug hierauf abweichende Regeln sind nicht aufzustellen.

Was insonderheit Unmündige anbetrifft, so sollen sie nach §. 17 h. t. nicht nach der Strenge der Gesetze bestraft, sondern nur zur Verhütung fernerer Vergehen gezüchtigt werden. In Be-

ziehung auf sie ist also nie das sonstige gesetzliche Strafmaaß ausschließliche Norm, eben so wenig sind es die sonstigen Strafarten: die Bestrafung der Unmündigen soll noch nicht den Karakter einer vom Staate verhängten Strafe haben, sondern mehr die Natur einer elterlichen Züchtigung. Von diesem Gesichtspunkte aus sind also alle öffentlichen Ehrenstrafen, eben so Zuchthausstrafe unbedingt unanwendbar: die Regel wird vielmehr körperliche Züchtigung sein; wo diese nicht statt finden kann, Gefängnißstrafe. Man hat bisweilen wohl bezweifelt, ob nicht der §. 17 cit. auch Freiheitsstrafen überhaupt ausschließe, und lediglich auf körperliche Züchtigung zu beschränken sei: allein, wollte man dieß annehmen, so würde man, seitdem in Gemäßheit der KO. vom 29. März 1833 Frauenzimmer über 10 Jahr nicht körperlich gezüchtigt werden dürfen, zu dem Resultate kommen, daß Mädchen von 10—14 Jahren unbedingt unbestrafbar seien.

2) Zum Diebstahle ist ferner stets dolus erforderlich: kulposer Diebstahl ist ein Widerspruch in sich selbst. Der dolus löst sich nach Preußischem, wie nach gemeinem Rechte in die beiden Requisite auf: der Verbrecher muß das Bewußtsein haben

a) daß er eine fremde Sache apprehendire,

b) daß die Apprehension invito domino d. h. ohne den Willen desjenigen, dessen Rechtsgebiet durch die Apprehension verletzt wird, geschehe.

Das erste Requisit kommt zur Sprache in dem oben bereits erwähnten Falle, wenn Jemand mit der Absicht, eine fremde Sache zu entwenden, unwissend seine eigene Sache aus der Gewahrsam eines Dritten, der gar kein Recht darauf hatte, z. B. des Diebes, stiehlt. Der dolus ist hier vorhanden, die objektive Grundlage desselben aber, eine res aliena, die Verletzung eines fremden Rechtsgebiets durch den dolus fehlt, und daher liegt in jenem Falle kein Diebstahl vor.

Behauptet hingegen Jemand umgekehrt, die Sache, die er genommen hat, für die Seinige gehalten zu haben, und leugnet aus diesem Grunde einen dolus seinerseits bei der Apprehension, dann muß er für einen solchen Irrthum offenbar den Defensionalbeweis führen, da die Vermuthung des §. 1112 ihm entgegensteht.

Zweitens wird der Begriff des Diebstahls aufgehoben durch den Beweis der Einwilligung des Eigenthümers oder sonst Be-

rechtigten in die Apprehension. Dieser consensus kann erfolgen vor, bei und nach der That. Vorausgegangene Erlaubniß macht natürlich die Apprehension der fremden Sache zu einer erlaubten Handlung. Die Erlaubniß kann sowohl ausdrücklich, als stillschweigend gegeben sein: kommt zur Frage: ob namentlich eine stillschweigende anzunehmen sei? und behauptet der Apprehendent im Widerspruche mit dem Eigenthümer eine solche, so wird es wiederum Sache des Defensionalbeweises, die irrthümliche Meinung: es habe eine Erlaubniß statt gefunden, durch Facta zu bescheinigen. Eine Erlaubniß der Apprehension während der That liegt darin noch nicht, daß der Eigenthümer die Entwendung sieht und dazu schweigt: es bedarf vielmehr auch hier des Beweises solcher Momente, die nach zivilrechtlichen Grundsätzen eine — ausdrückliche oder stillschweigende — Genehmigung begründen; fehlt es an solchen, so bleibt die Apprehension Diebstahl — Cf. Quistorp §. 345. Klein §. 428.

Retihabition nach der That kann nur insofern das Verbrechen aufheben, als dadurch consensus beider Theile zur Zeit der Entwendung hervorgebracht, und durch diesen die zum Thatbestande des Verbrechens nothwendige Rechtsverletzung ausgeschlossen wird. Man muß also unterscheiden, in welcher Art die Ratihabition erfolgt; sagt der dominus: „ich hätte auf Ersuchen zur Zeit der Entwendung die Sache weggegeben, und genehmige die Apprehension auch jetzt;" dann ist sein Rechtsgebiet durch die Wegnahme nicht verletzt; sagt er hingegen blos: „ob ich zur Zeit der Entwendung in die Wegnahme konsentirt haben würde, weiß ich nicht, jetzt, da Jener die Sache einmal genommen hat, mag er sie behalten;" dann liegt immer noch ein Diebstahl vor; denn die Apprehension geschah invito domino, und es fehlt auch an einer späteren Erklärung desselben, die rückwirkende Kraft auf die Zeit der Entwendung haben könnte. Cf. Quistorp §. 345 not. c; Böhmer Medit. ad CCC. art. 157 §. 3.

Jeder consensus, der in Betracht kommen soll, muß sich auf Thatsachen, seien es Handlungen oder Worte, gründen: das im gemeinen Rechte sog. furtum ex familiaritate commissum, die Zueignung einer fremden Sache in der auf besondere Facta nicht gestützte Meinung: der wohlbekannte Herr werde wohl nichts dawider haben! bleibt stets ein Diebstahl.

3) Speziell karakterisirt wird das Verbrechen des Diebstahls

endlich durch den ihm eigenthümlichen s. g. *animus lucri faciendi.* Der §. 1108 h. t. paraphrasirt denselben dahin:

„Wer um seines Gewinnes, Vortheils und Genusses willen entwendet ꝛc."

Die Lehrer des gemeinen Rechts — Quistorp §. 346 — bezeichnen den animus meist schlechthin als: gewinnsüchtige Absicht; mit Recht sagt Klein — §. 429 — jedoch, daß durch ein einzelnes Wort die eigentlich „diebische Absicht" nicht wiederzugeben sei. Am deutlichsten karakterisirt den animus furis die Umschreibung bei Feuerbach — §. 319 —: der Zweck des Thäters müsse sein, unmittelbar durch den Gebrauchs- oder Tauschwerth der Sache selbst sein Vermögen, d. h. seine Mittel zu sinnlichen Zwecken, zu vergrößern. Als Diebstahl sind sonach unzweifelhaft nicht zu betrachten:

a) die Apprehension fremder Sachen zur eigenmächtigen Sicherung eigener Rechte: hier liegt event. Selbsthülfe vor. — §. 1120 h. t. —

b) die Entwendung mit der Absicht, bloß den Damnificaten zu beleidigen, und ihm sein Vermögen zu beschädigen, z. B. wenn Jemand eine dem Andern dringend nöthige Summe Geld entwendet, bloß um ihn in Verlegenheit zu bringen, und mit der, auch sofort ausgeführten Absicht, das Geld selbst sogleich in das Wasser zu werfen: hier geht das Verbrechen in eine Beschädigung fremden Eigenthums aus Muthwillen, Rache oder Bosheit über. — §. 1119 h. t. —

c) wenn die Sache nicht um ihres unmittelbaren Gebrauchs- oder Tauschwerths willen genommen ist, sondern nur, um durch sie erst mittelbar einen Vortheil zu erlangen: hiehin gehört namentlich die Entwendung von Urkunden, in der Absicht etwa, sich von einer Schuld zu befreien, oder dem Besitzer dadurch die Beweismittel seiner Rechte zu entziehen. Hier sind nicht die Urkunden als körperliche Sachen der Gegenstand, den der Thäter zu seinem Vortheile benutzen will, sondern er will nur einen rechtmäßigen Gebrauch derselben Seitens eines Andern verhindern, und auf diese Weise mittelbar sich Vortheile stiften. Sein Verbrechen fällt also durch diese Absicht in die Kategorie des verbotenen Eigennutzes und Betrugs. Für diese Fälle ist die Bezeichnung des animus lucri faciendi im §. 1108 nicht

genügend; denn nach der dortigen Wortfassung würde man auch hier Diebstahl annehmen müssen: das Gegentheil erhellt jedoch aus §. 1398 **h. t.**: hiernach soll, übereinstimmend mit dem Prinzipe des gemeinen Rechts die Entwendung von Urkunden eben so wie Verfälschung derselben bestraft werden.

Der §. 1398 cit. ist seiner Fassung nach ganz allgemein, er setzt jedoch, schon seiner ganzen Stellung im Systeme nach, immer voraus, daß bei der Entwendung der Urkunden eine betrügerische Absicht, der Zweck, irgend einen rechtmäßigen Gebrauch zu verhindern, oder einen unrechtmäßigen selbst zu machen, zum Grunde liegt: sonst kann er wohl nicht Platz greifen, und es gibt daher auch Fälle, wo Entwendung von Urkunden als Diebstahl bestraft werden kann, namentlich

a) sind Urkunden geldwerthe lettres au porteur, so steht ihre Entwendung einem Gelddiebstahle gleich, da solche Dokumente einen unmittelbaren Gebrauchs- oder Tauschwerth haben, und um desselben willen gestohlen werden;

b) ferner aber auch, wenn Jemand z. B. außer anderen Sachen etwa im Finstern aus einem Schranke eine Anzahl Dokumente, die an sich keinen Werth und kein Interesse für ihn haben, entwendet, ohne eine andere Absicht, als die zu stehlen, so kann ebenfalls §. 1398 nicht Anwendung finden, vielmehr liegt ein gewöhnlicher Diebstahl vor, bei dem nur, was aber im Prinzipe keinen Unterschied macht, der Dieb den gesuchten Vortheil nicht erreicht hat. In diesem Falle hebt auch die objektive Werthlosigkeit der entwendeten Sachen den Begriff des Diebstahls nicht auf, eben weil der Dieb während der Handlung den animus des Gewinns haben konnte, und hatte. Sonst

d) wird durch völlige Werthlosigkeit der genommenen Sache aus natürlichen Gründen der animus lucri faciendi und mit diesem der Thatbestand eines Diebstahls von selbst ausgeschlossen. Was ganz werthlos sei, läßt sich in abstracto nie bestimmen, das Ermessen des Richters im konkreten Falle kann hier allein entscheiden. Im Allgemeinen läßt sich nur das sagen, daß an jedem Gegenstande, der seiner Bestimmung nach irgend einen, auch noch so unbedeutenden, Nutzen dem Diebe gewähren konnte, und eben deßhalb einen Werth für ihn hatte, sobald der Verlust des Gegenstandes zugleich

dem Damnificaten einen bestimmbaren Schaden verursacht, ein Diebstahl möglich ist.

e) Ausdrücklich ausgeschlossen wird im gemeinen Rechte durch den Art. 166 CCC. die Strafbarkeit der Entwendung im Zustande der echten Noth, wenn der Diebstahl zur Erhaltung des eigenen oder der Angehörigen Lebens begangen ist. Die speciellen Requisite dieses Falles erörtern die Lehrer des gemeinen Kriminalrechts — Feuerbach §. 321, Quistorp §. 374 — sehr genau. Noch weiter geht sogar Letzterer — §. 346 —, und nimmt überhaupt dann einen Diebstahl nicht an, sobald nur eine gute Absicht dem animo lucri faciendi zum Grunde gelegen, sobald der Verbrecher das Entwendete zu an sich guten Endzwecken verwenden wollen. In dieser Beschränkung des animus lucri faciendi widersprechen ihm jedoch schon Klein — §. 439 — und Feuerbach — §. 319 — mit Recht. Das Preußische Recht gedenkt des Falles der echten Noth ebenfalls speziell, indem es §. 1115 h. t. verordnet:

„Wenn Jemand etwas entwendet, um sich oder Andere aus dringender Leibes- oder Lebensgefahr zu retten, so soll der Fall von dem Richter höheren Orts zur Begnadigung des Thäters angezeigt werden."

Diese Bestimmung weicht vom gemeinen Rechte schon im Prinzipe insofern ab, als die echte Noth nie das Verbrechen als solches aufheben soll, sondern nur den Richter verpflichtet, nach zuvoriger Untersuchung und Verurtheilung den Fall ex officio Behufs etwaiger Begnadigung zur Anzeige zu bringen. Der §. 1115 geht indessen auch weiter hinsichtlich des Umfangs der darunter begriffenen Fälle, als die CCC: er beschränkt die echte Noth weder auf bloße Lebensgefahr, noch auf die eigene oder der Angehörigen Gefahr allein, noch endlich lediglich auf die Entwendung von Eßwaaren, sondern er setzt bloß eine Lebens- oder Leibesgefahr irgend eines Menschen, und eine Entwendung überhaupt, als angewandtes Mittel, dieser Gefahr zu entgehen, voraus. — Ueber den im gemeinen Rechte streitigen Einfluß einer guten Absicht überhaupt bei einer Entwendung enthält das Pr. R. zwar nichts Ausdrückliches, allein aus dem §. 1115 folgt unzweifelhaft, daß eine solche gute Absicht auf den Begriff des Verbrechens niemals vom mindesten Einflusse sein kann, sondern

möglicherweise nur als Milderungsgrund zu erwägen. Denn der stärkste Fall einer guten Absicht ist jedenfalls der des §. 1115, wenn also selbst in diesem die That Diebstahl bleibt, und nur in diesem ex officio hinsichtlich einer Begnadigung etwas geschehen soll, so ergibt sich von selbst, daß in andern Fällen, wo eine gute Verwendung des Gestohlenen in der Absicht des Thäters lag, hiedurch der Begriff des Diebstahls nicht ausgeschlossen wird. Einigermaßen hieher gehört auch der in praxi bisweilen bezweifelte Fall, wenn ein Knecht seinem Herrn Futter stiehlt, um es den Pferden desselben zu geben, und dieß auch wirklich thut. Es kommt hier zwar die entwendete Sache dem Damnificaten wieder zu Gute, allein dieß ändert insofern nichts im Wesen der That, als bei dieser der Thäter doch einen ihn selbst betreffenden Zweck, ein eigenes lucrum vor Augen hatte, nämlich das Interesse, schönere Pferde, die seiner Pflege und Sorgfalt Ehre machen, zu führen, und als dieß Motiv den animus lucri konstituirt.

f) Zweifelhaft ist in praxi wohl gewesen: ob das Römische furtum usus in einigen Fällen als Diebstahl nach Preußischem Rechte anzusehen und zu bestrafen? Zwar ist der Fall, daß Jemand eine ihm überhaupt nicht zum Gebrauche, oder nur zu einem bestimmten Gebrauche anvertraute Sache, ge- oder mißbraucht, nie im Deutschen Kriminalrechte als furtum betrachtet: dagegen geschwankt hat man für den Fall, daß Jemand eine fremde Sache apprehendirt, nicht mit dem animus, sie sich für immer zuzueignen, sondern lediglich um davon einen bestimmten eigennützigen Gebrauch zu machen, und sie dann dem rechtmäßigen Inhaber zurückzugeben. Das gemeine Krim.-Recht nimmt auch hier einen Diebstahl nicht an — Fbch. §. 314, Quist. §. 340 —; auch das Preuß. Recht stimmt hiermit überein. Zwar ist des Falles ausdrücklich nirgends gedacht: jedoch dürfte namentlich der §. 1116 dafür sprechen. Hier heißt es: die freiwillige Wiederherbeischaffung der entwendeten Sache bewirke eine Minderung der Strafe. Vorausgesetzt wird dabei offenbar, daß eine solche in der ursprünglichen Absicht des Verbrechers nicht gelegen, sondern erst in Folge späterer Reue geschieht. Den §. 1116 kann man also bei dem von Anfang an vorhanden gewesenen animus der Rückgabe

nicht anwenden. Auch die Definition des §. 1108 umfaßt diesen Fall nicht, und eine ausdrückliche Erwähnung desselben müßte man, wenn das ALR. vom gemeinen Rechte hier hätte abweichen wollen, um so mehr zu erwarten haben. Nichtsdestoweniger setzen die allgemeinen §.§. 1108-1119 überall die Absicht des Thäters, die Sache sich zu einer definitiven Disposition zuzueignen voraus: man wird sonach den in Rede stehenden Fall des furtum usus als Diebstahl nicht ansehen können. Wenn also z. B. Jemand einen Schmuck oder dgl., um damit bei irgend einer Gelegenheit Staat zu machen, entwendet, in der erweislichen Absicht, ihn nach gemachtem Gebrauche zurückzugeben, so würde er mit Unrecht als Dieb bestraft werden.

Hinsichtlich des Beweises der diebischen Absicht verordnen §.§. 1112 und 1113 h. t.:

„Die Absicht, sich mit dem Schaden eines Andern Vortheil zu verschaffen, wird bei einer jeden Entwendung vermuthet."

„Doch kann diese Vermuthung schon durch das Verhältniß der Personen gegeneinander, oder durch die besonderen Umstände, welche bei der Handlung vorkommen, ausgeschlossen werden."

Nach allgemeinen Grundsätzen müßte man dem Verbrecher den Beweis seines Verbrechens führen, also auch den des zum Thatbestande desselben erforderlichen animus: insofern jedoch dieser animus als ein innerer Gemüthszustand Gegenstand einer äußern direkten Wahrnehmung nie sein kann, läßt er sich nur folgern aus der äußern Handlung. Aus der Handlung der Entwendung soll nun in der Regel die diebische Absicht gefolgert werden, sobald kein anderer animus sich durch die Umstände ermittelt. Auf den ersten Blick könnte eine solche Präsumtion der Beweistheorie des Kriminalrechts widersprechend erscheinen: sie ist jedoch nur eine scheinbare. Denn insofern die Handlung eines überhaupt zur chnungsfähigen Verbrechens irgend einen Zweck gehabt haben muß, um eine bestimmte andere Absicht, als die diebische, bei der Untersuchung, die sich ex officio mit den Indizien der Schuld, wie der Unschuld, zu beschäftigen hat, nicht ausgemittelt worden ist, bleibt stets nur der animus lucri faciendi als vorhanden gewesen übrig, und nur, daß dieser dann

auch vorausgesetzt werden soll, ohne Geständniß des Thäters, ist im §. 1112 bestimmt.

§. 4.

3) Hinsichtlich der Handlung des Verbrechers.

Was endlich die Requisite der das Verbrechen des Diebstahls konstituirenden Handlung anbetrifft, so muß diese sich darstellen

1) als Erlangung der Gewahrsam, Apprehension der entwendeten Sache,
2) jedoch ohne Anwendung einer schmerzzufügenden Gewalt gegen einen Menschen vor oder während der Vollendung der That.

Ueber die Grenze zwischen dem Konate und vollendeten Delikte in Beziehung darauf, wann die Handlung der Entwendung für vollendet anzusehen, herrschten im gemeinen Rechte Zweifel. Das Römische Recht erforderte contrectatio. Die neueren Kriminalisten — Quist. §. 342, Klein §. 426, Fbch. §. 317; auch schon Böhme Medit. ad CCC. art. 157 §. 2 — sind darüber einig, daß eine solche für geschehen anzunehmen, sobald die Gewahrsam ergriffen worden, daß also einerseits bloßes Berühren der Sache ohne die physische Möglichkeit, darüber zu verfügen, eben so wenig genügt, als andererseits völlige Wegschaffung und Unterbringung an einen dritten sichern Ort nicht erforderlich ist. Das Letztere erforderte zur Vollendung des Diebstahls namentlich Carpzow, qu. Pr. R. C. 88 No. 5, und ihm hat sich allerdings die gemeinrechtliche Praxis, wie Quistorp l. c. bezeugt, großentheils angeschlossen.

Das Preußische Recht spricht sich über die vorliegende Frage im §. 1114 h. t. dahin aus:

„Ob der gesuchte Vortheil erreicht worden sei, oder nicht, macht in der Bestrafung keinen Unterschied, sobald der Dieb nur die entwendete Sache in seine Gewahrsam genommen hat."

Es kann keinem erheblichen Zweifel unterliegen, daß durch diese Fassung des Gesetzes zur Vollendung des Diebstahls nichts als die Ergreifung der Gewahrsam überhaupt hat erfordert werden sollen, daß also auch das Preußische Recht der neueren ge-

meinrechtlichen Ansicht hat beitreten wollen. Denn nach der Definition des §. 1. I. 7 ALRs. ist Gewahrsam das physische Vermögen, über eine Sache zu verfügen. Dieß ist aber keineswegs bedingt durch ein erst statt findendes Wegschaffen der Sache von dem Orte, wo sie sich befunden, vielmehr ist eben dieses Wegschaffen schon eine Folge, eine wirkliche Ausübung der bereits ergriffenen Gewahrsam. Auch Klein l. c. not. 6 spricht sich, was als Autorität zu beachten, dahin aus, daß der §. 1114 der älteren gemeinrechtlichen Praxis nicht habe beitreten wollen. Sonach ist die Frage: ob die diebische Handlung vollendet sei? stets mit der Frage identisch: ob der Dieb bereits Inhaber der gestohlenen Sache war? oder mit andern Worten: ob er schon das physische Vermögen hatte, über die Sache zu verfügen?

Weit zweifelhafter stellt sich in der praktischen Anwendung das zweite, negative Requisit der Handlung der Entwendung: daß dieselbe ohne Gewalt an einer Person verübt sein muß; — die feste Konstituirung dieser Grenze zwischen Raub und Diebstahl ist sehr häufig nicht ohne Bedenken.

Die unterscheidenden Merkmale beider Verbrechen waren zuvörderst im gemeinen Kriminalrechte unbestritten. Jede zum Zwecke des Diebstahls angewandte physische oder psychologische Gewalt gegen einen Menschen, sofern letzteren Falls nur die Bedrohung mit der Gefahr augenblicklicher Vollziehung verbunden war, machte das Verbrechen zum Raube — Quist. §. 399, Klein §. 455, Fbch. §. 355 —. Diesem Begriffe schließt sich das ALR. in den §.§. 1187 und 1188 lediglich an, indem es als Räuber denjenigen bestraft, der entweder durch Gewalt, oder ohne wirkliche Gewalt, jedoch unter Androhung gefährlicher Behandlung einen Diebstahl verübt. Dagegen erfordert die Zirk.-V. vom 26. Febr. 1799 zum Raube:

§. 22: „Schläge, Binden, Knebeln, Verstopfen des Mundes, oder sonstige Mißhandlungen" rc.,

und sagt §. 15:

„ein gewaltsamer Diebstahl wird begangen, wenn der Verbrecher durch Androhung von Gewaltthätigkeiten den Eigenthümer oder Wächter von Verhinderung des Diebstahls abgehalten, oder, um diesen zu verüben, an einen Menschen Hand angelegt, ohne jedoch demselben irgend einigen Schmerz zuzufügen."

In thesi ist nun zwar hienach die Grenze des Raubes und Diebstahls klar dahin festgestellt, daß

a) jede noch so gefährliche Drohung bei Begehung eines Diebstahls den Verbrecher nie zum Räuber macht,

b) selbst ein Handanlegen an die Person den Begriff des Raubes noch nicht konstituirt, sondern lediglich darauf es ankommt, daß eine schmerzzufügende Thätlichkeit verübt worden.

Dieser anscheinend klaren Bestimmung ungeachtet liegen manche praktische Fälle sehr auf der Grenze, und lassen verschiedene Ansichten zu. Zunächst fallen zwar unzweifelhaft unter den Begriff des Diebstahls solche Fälle, wo das Handanlegen der Art gewesen ist, daß der Damnifikat davon selbst gar nichts gewußt, entweder, weil er sich in einem bewußtlosen Zustande befand, oder weil die Handanlegung so heimlich geschah, daß er sie nicht bemerkte, z. B. beim Taschendiebstahl. — Auch noch ohne Bedenken ist der Fall, wo die Handanlegung zwar bemerkt wird, aber ohne eine bestimmte Empfindung im Körper hervorzubringen geschieht, z. B. beim Abschlagen einer leicht sitzenden Kopfbedeckung. — Zweifelhaft dagegen stellen sich Fälle, in denen nicht nur ein wirkliches unmittelbares Handanlegen statt gefunden, sondern dasselbe auch eine unangenehme Empfindung beim Damnifikaten erregt hat, allein daß diese bis zu einem wirklichen Schmerze verstärkt worden, durch das Passivverhalten und den Mangel an Widerstand von Seiten des Damnifikaten selbst verhindert worden ist. Ein in praxi vorgekommener Fall solcher Art war folgender. Es hatte ein Reisender sich an die Landstraße gesetzt, und sein Felleisen einige Schritte von sich hingelegt; von zwei Verbrechern hatte der Eine sich ihm von vorn genähert, und ein Gespräch angeknüpft, der Andere sich von hinten unbemerkt herangeschlichen: in einem und demselben Momente ergreift der Erstere das Felleisen, und umfaßt ihn der Zweite von hinten; dieß plötzliche Umfassen erschreckt ihn so, daß er bewegungslos im Augenblicke bleibt; so wie der Erste der Thäter einen kleinen Vorsprung mit dem Felleisen hat, läßt auch der Zweite los, und läuft ebenfalls weg. Damnifikat versicherte, Schmerzen bei dem Umfassen nicht empfunden zu haben. Da es in der Natur der Sache liegt, daß nur der Damnifikat selbst wissen kann, ob er Schmerz gefühlt, und da der Richter ihm,

wenn er sagt: dieß sei nicht der Fall gewesen, so lange glauben muß, bis aus anderen Gründen sich seine Angabe widerlegt, da endlich im vorliegenden Falle diese Angabe des Damnifikaten ganz glaubhaft war, indem ein schmerzerregendes Handanlegen Seitens des Verbrechers durch die Unterlassung irgend einer Kraftäußerung Seitens des Damnifikaten unnöthig geworden war: so konnte man im vorliegenden Falle allerdings einen vollendeten Straßenraub nicht annehmen. Dagegen hätte sich allerdings wohl eine poena extraordinaria wegen Raubes rechtfertigen lassen; denn die Absicht des Thäters war auf Gewalt gegen die Person offenbar gerichtet, auch die dazu geeignete Handlung beging er, das Festhalten des Damnifikaten, nur die Passivität des Letztern selbst machte ihm unnöthig, so lange in seiner Handlung zu verharren, bis das letzte Requisit des vollendeten Verbrechens, die Schmerzzufügung, hervorgebracht war, eines conatus proximus des Raubes hat er sich also jedenfalls schuldig gemacht. Bloß als gewaltsamen Diebstahl, wie es geschah, die That anzusehen, dagegen dürfte eben sprechen, daß der Wille und die Handlung des Thäters auf Raub gerichtet waren, und nur durch das hinsichtlich seiner zufällige Benehmen des Damnifikaten die Vollendung des Verbrechens unterblieb: nur, wenn sein Wille und seine Handlung überhaupt von Anfang an auf ein Handanlegen ohne Schmerz gerichtet gewesen wären, dürfte jene Ansicht richtig gewesen sein.

Endlich kommt hinsichtlich der Begrenzung zwischen den Verbrechen des Raubes oder Diebstahls noch der Zeitpunkt der verübten Gewalt in Betracht. Auch in Beziehung auf diese Frage: wann eine einem Menschen zugefügte Gewalt statt gehabt haben muß, um einen Diebstahl als Raub zu qualifiziren, ist die deßfallsige Bestimmung des Preußischen Rechts sehr undeutlich, wenn es im §. 22 der Zirk.-VO. v. 26. Febr. 1799 heißt:

„Als Räuber wird derjenige bestraft, der, um einen Diebstahl zu begehen — — — Menschen durch Schläge — — abhält, die beabsichtigte Entwendung zu verhindern, oder sich des Thäters zu bemächtigen."

Die Schlußworte dieser Stelle namentlich haben in der Praxis zu vielen Zweifeln Veranlassung gegeben, deren Erledigung sich im Wesentlichen auf die eben gedachte Frage reduzirt. Nach gemeinem Rechte ist zuvörderst unzweifelhaft zum Thatbe-

stande des Raubes erforderlich, daß die verübte Gewalt unmittelbar vor und zum Zwecke des Diebstahls, oder während desselben, geschehen sei, und, daß diese Grundsätze durch die Zirk. V. hätten geändert werden sollen, läßt sich umsoweniger annehmen, als es nicht mit deutlichen Worten geschehen ist. Man darf vielmehr wohl mit Recht den §. 22 cit. dahin auslegen, daß die Worte: „die beabsichtigte Entwendung zu verhindern," von dem Falle der Gewalt vor; die Worte: „sich des Thäters zu bemächtigen," von dem Falle der Gewalt während der Verübung des Diebstahls sprechen. Man kann den, der eben den Diebstahl verübt, eben in der Handlung begriffen ist, sehr wohl schon als Thäter bezeichnen, und nur dieß scheint auch die Zirk. V. gewollt zu haben. Sobald also der Dieb die Sache ohne Gewalt gegen eine Person in seine Gewahrsam gebracht hat, so ist sein Diebstahl konsummirt: wird er nachher beim Wegbringen etwa angegriffen, oder greift er selbst an, so begeht er durch diese verübte Gewalt ein zweites Verbrechen, das das erste, schon vollbrachte, nicht mehr modifiziren kann, vielmehr als selbstständiges zu betrachten ist. Um sonach Raub anzunehmen, muß die Gewalt zu einer Zeit verübt sein, wo die Apprehension der zu stehlenden Sache noch nicht vollendet war: ein konsummirter Diebstahl kann durch Gewalt gegen Personen nie zum Raube werden; ein noch nicht konsummirter wird es dagegen stets.

§. 5.

Uebersicht des speziellen Theils der Lehre vom Diebstahle.

Die nun folgenden Erörterungen werden hauptsächlich die Aufstellung der materiellen Bestimmungen des Preußischen Rechts über das Verbrechen des Diebstahls zum Gegenstande haben: nur am Schlusse werden einige prozessualische Bemerkungen hinzuzufügen sein. Zunächst wird die Strafbarkeit der Hauptpersonen, dann die der etwa als socii oder fautores möglicher Weise vorkommenden Nebenpersonen zu beurtheilen sein. Die Hauptunterscheidung der einzelnen Fälle ist für das Preußische, wie für das gemeine Recht die zwischen gemeinem und gewaltsamen Diebstahl: neben beiden steht als besonders hervorzuheben noch der Diebstahl in Banden. Die Fälle des ge-

meinen Diebstahls theilen sich am richtigsten in gewöhnliche, milder zu bestrafende, und solche, bei denen erschwerende Umstände konkurriren. Hieneben läuft noch, auf fast alle Fälle anwendbar, hin der Unterschied zwischen großem und kleinem Diebstahle. Die erschwerenden Umstände können beruhen: in dem subjektiven Verhältnisse des Thäters zum Damnifikaten; in dem Objekte der Entwendung, in der besonders qualifizirten Handlung des Thäters; und in der Wiederholung des Verbrechens. Auch beim gewaltsamen Diebstahle sind zu trennen die gewöhnlichen Fälle und die unter erschwerenden Umständen, und die letztern können derselben verschiedenen Art sein, wie beim gemeinen Diebstahle.

§. 6.

Gemeiner, großer und kleiner Diebstahl.

A. Gewöhnliche Fälle.

Die Bestimmungen des ALRs. sind:

§. 1124: Gemeiner Diebstahl ist, wenn der Werth des wirklich Entwendeten fünf Thaler, oder weniger, beträgt, nur polizeimäßig zu untersuchen, und mit Gefängniß auf acht Tage bis vier Wochen zu ahnden.

§. 1125: Beläuft sich der Werth oder Betrag des durch bloßen gemeinen Diebstahl Entwendeten über fünf Thaler, so soll der Dieb mit Strafarbeit oder Zuchthausstrafe von vier Wochen bis zu zwei Jahren belegt werden.

§. 1126: Je nachdem der Werth oder Betrag des Entwendeten höher oder niedriger, die Verhehlung des Diebstahls nach Beschaffenheit der Sache leichter oder schwerer, und die innere Moralität der Handlung selbst größer oder geringer gewesen ist, muß die Dauer der Strafe in jedem Falle von dem Richter nach obiger Anweisung §. 1125 bestimmt werden.

Zum Theil abändernd bestimmt der §. 2 der Zirk. V. v. 26. Febr. 1799:

„Wer zum ersten Male eines gemeinen Diebstahls überführt ist, wird körperlich gezüchtigt, und, wenn eine solche Züchtigung nicht anwendbar, oder für unzureichend geachtet werden sollte, zur Einsperrung in eine Besserungsanstalt, zum einsamen Gefängnisse oder zur Strafarbeit verurtheilt."

Die folgenden §§. 3-8 ibid. geben über die Momente, wonach das Maaß der Züchtigung gelinder oder schärfer ermessen werden soll, nähere Vorschriften, und §. 9. sagt demnächst wiederholt:

„Wird körperliche Züchtigung nicht anwendbar, oder unzureichend befunden, so wird statt oder mit derselben auf eine Einsperrung in eine Besserungsanstalt, oder einsames Gefängniß, oder auf Strafarbeit erkannt, und die Dauer dieser Strafe nach dem durch die Vorschriften des allgemeinen Landrechts geleiteten Ermessen des Urtelsfassers bestimmt."

Wenn gleich die Zirk. V. ausdrücklich des landrechtlichen Unterschiedes zwischen großem und kleinem Diebstahle nicht gedenkt, so kann man doch denselben für aufgehoben durch sie keineswegs erachten. Denn einestheils stellt §. 7 derselben wenigstens als einen Grund schärferer Züchtigung auf: „wenn das Gestohlene von beträchtlichem Werthe ist", und da der Richter für das Arbitrium, was für beträchtlich zu achten, keinen anderen Maaßstab und Anhaltspunkt hat, als die landrechtliche Grenze zwischen großem und kleinem Diebstahl, so kommt man schon insofern auch nach der Zirk. V. wieder auf diesen Unterschied: anderentheils führt aber auch eben die Bestimmung, daß die Dauer jeder Freiheitsstrafe nach dem ALR. festzusetzen, von selbst ebenfalls wieder auf jene Trennung.

Sonach ist als jetzt bestehendes Strafmaaß für den ersten Diebstahl anzusehen

a) für den kleinen: 10-20 Ruthen- oder Peitschenhiebe; statt deren oder daneben 8 Tage bis 4 Wochen Gefängniß;

b) für den großen: 20-40 Ruthen- oder Peitschenhiebe; statt deren oder daneben 4 Wochen bis 2 Jahre Gefängniß oder Zuchthaus.

Auf weniger als 10, und mehr als 40 Hiebe, dürfte in der bisherigen Praxis wegen ersten Diebstahls schwerlich je erkannt sein, und deshalb sind diese Grenzen nach dem usus fori hingestellt. Ob Zuchthaus oder Gefängniß zu erkennen, steht im Allgemeinen in der Wahl des Richters; jedoch hat die Praxis meist das Reskript vom 20. Juni 1812 — Jur. Jhb. 1. S. 65 — befolgt, wonach bei geringern als dreimonatlichen Freiheitsstrafen Zuchthaus nicht gewählt werden soll. Gegen alle militairpflichtigen, der Landwehr wirklich angehörigen Individuen darf auf Zuchthaus nicht, sondern es muß auf Einstellung in die Straf-

sektion einer Garnisonkompagnie erkannt werden, eben so nie auf Ruthen- oder Peitschenhiebe, sondern nur auf Stockschläge. Was insbesondere die Anwendbarkeit körperlicher Züchtigung anlangt, so ist die Tendenz der neuern Praxis, wie der neuern Gesetzgebung, sehr dahin gegangen, diese Strafgattung möglichst zu verbannen; es gehören hiehin namentlich folgende Bestimmungen:

1) fast allgemein hat die Praxis auch in judicando das Reskript vom 23. Mai 1812 — Jur. Jhb. Bd. 1 S. 7 — befolgt, wonach Züchtiguug nur bei Verbrechern der niedrigsten Volksklasse für anwendbar erachtet wird;

2) mehrfach haben ferner neuerlich Reskripte darauf gedrungen, nie auf Züchtigung zu erkennen, ohne ein vorhandenes gerichtsärztliches Gutachten, daß der Inkulpat im Stande sei, ohne zu befürchtenden Nachtheil seiner Gesundheit eine Züchtigung zu ertragen;

3) in der Praxis ferner hat sich die Ansicht gebildet: gegen ältere Personen, namentlich, wenn sie ungefähr das 50. Jahr überschritten, auf Züchtigung nie zu erkennen.

4) Die Kab. Ordre vom 29. März 1833 — Jur. Jhb. Bd. 41 S. 276 — bestimmt, daß gegen Personen weiblichen Geschlechts, welche das 10te Jahr zurückgelegt, Züchtigung nicht mehr verhängt werden soll.

5) Die Kab. Ordre vom 16. Aug. 1834 endlich — Jur. Jhb. Bd. 44 S. 141 — verordnet, indem sie die nicht ganz deutliche Vorschrift der Kab. Ordre v. 9. Octbr. 1833 — ibid. Bd. 42 S. 445 — erläutert: daß gegen einen der That, ehe er überführt ist, geständigen Inkulpaten die Züchtigung, die als Verschärfung der ordentlichen Strafe gesetzlich bestimmt ist, wegfallen soll, dagegen aber dieselbe, wenn sie als ordentliche Strafe statt findet, auf ein gelinderes Maaß zurückzuführen ist. In Anwendung auf das Verbrechen des Diebstahls wird ein gänzliches Wegfallen der Züchtigung nach dieser Vorschrift fast nirgends zu rechtfertigen seyn, hier ist dieselbe in der Regel Theil der poena ordinaria selbst: nur etwa im Falle des §. 1152 ALRs. ist sie als reine Schärfung anzusehen.

Neben der eigentlichen poena ordinaria des Verbrechens treffen nun den Dieb aber ferner noch akzessorische Ehrenstrafen. Diese bestehen, sobald er nicht in Militairverhältnissen steht, in dem Verluste des Rechts, die Preußische Nationalkokarde zu tra-

gen; steht er in Militairverhältnissen, außerdem in Versetzung in die zweite Klasse des Soldatenstandes, Verlust des National-Militair-Abzeichens, oder Landwehrkreuzes, und der Kriegsdenkmünze. Ob diese Ehrenstrafen stets Folge jeder Bestrafung wegen Diebstahls sind, oder ob sie nur bei erkannter Zuchthaus- oder Festungsstrafe mit Strafarbeit eintreten, oder ob endlich wenigstens nicht bei einer als poena extraordinaria erkannten Gefängnißstrafe, darüber ist die Praxis bisher stets noch schwankend gewesen: eine genauere Prüfung der betreffenden Gesetze jedoch — der KO. v. 22. Febr. 1813 — GS. S. 22 — KO. v. 30. Sept. 1813. — Min. Reskr. S. S. 11 — KO. v. 28 März 1816, ibid. S. 14 — dürfte das unzweifelhafte Resultat ergeben, daß bei jeder, sei es außerordentlichen oder ordentlichen Bestrafung wegen Diebstahls, als eines Verbrechens, welches einen Mangel patriotischer und ehrliebender Gesinnungen beurkundet, ohne Ausnahme und ohne Rücksicht auf die Strafgattung, der Verlust der Nationalkokarde eintreten muß.

Als singulaires Strafgesetz ist hier noch die Bestimmung des §. 1253 h. t. zu erwähnen, wonach Schlösser, welche sich des Diebstahls oder einer Theilnahme an demselben schuldig machen, nicht nur mit geschärfter Strafe des Diebstahls belegt, sondern ihnen auch die fernere Ausübung ihres Handwerks bei sechsmonatlicher Zuchthausstrafe untersagt werden soll. Ob diese Untersagung in der Urtelsformel geschieht, oder der Richter dieselbe durch die Polizeibehörde bewirken läßt, erscheint gleichgültig. Uebrigens bezieht sich der §. 1253 wohl nur auf Schlossermeister, da nur sie selbstständig ihr Handwerk ausüben; auf Gesellen und Lehrlinge wird er nicht anzuwenden sein.

Wie der Werth der gestohlenen Sachen durch die Untersuchung festzustellen ist, wird unten näher erörtert werden: hier ist nur zu bemerken, daß überall lediglich der gemeine Werth der entwendeten Sachen, nie ein pretium extraordinarium zu berücksichtigen ist. Cf. Böhmer medit. ad CCC. art. 160. §. 5.

Daß, wenn Mehrere einen Diebstahl verüben, dessen ganzes Objekt zwar 5 Rthlr. übersteigt, dessen Vortheil für jeden einzelnen Theilnehmer jedoch geringer ist, Jeden von ihnen, als socius delicti, die Strafe des großen Diebstahls trifft, ist nach Preußischem Rechte — cf. §. 73 h. t. — unzweifelhaft: im gemeinen Rechte war es bestritten. Cf. Carpzov Pr. R. C. P. II.

qu. 78 nro. 44. Zweifelhaft stellt sich in manchen konkreten Fällen die Grenze zwischen fortgesetztem und wiederholtem Diebstahle, wovon häufig die Frage: ob wegen Eines großen, oder wegen mehrerer kleiner Diebstähle zu strafen sei? die Folge sein wird. Ein fortgesetzter Diebstahl, als delictum continuatum, wird dann anzunehmen sein, wenn dem Verbrecher der animus bei der ersten Handlung des Entwendens nachgewiesen werden kann, künftig die Sachen, die er jetzt nicht nimmt, auf dieselbe Art zu stehlen, so daß er diese nicht um deßhalb liegen läßt, weil er sie überhaupt nicht will, sondern nur weil er Gründe hat, sie zur Zeit noch nicht zu nehmen: sobald er dann zum zweiten Male wiederkommt, kontinuirt er nur den ersten Diebstahl. In allen sonstigen Fällen, namentlich den oft vorkommenden, wenn mehrfache Hausdiebstähle zu verschiedenen Zeiten in der Art begangen sind, daß der Thäter jede vorkommende Gelegenheit, etwas zu entwenden benutzt hat, ohne dauernden, sondern mit jedes Mal einzeln erneuertem animus lucri faciendi hinsichtlich der speziellen Sachen, die er genommen, in diesen Fällen wird man wiederholte Diebstähle annehmen müssen.

Durch welche Momente der Richter bei Arbitrirung des Strafmaaßes in concreto geleitet werden solle, darüber finden sich hinsichtlich des Diebstahls die speziellen Bestimmungen erstlich in dem bereits erwähnten §. 1126 h. t., und dann in den §§. 6 und 7 der ZV. v. 26. Febr. 1799. Beim §. 1126 ist zu bemerken, daß die leichtere Verhehlung des Diebstahls nach der Fassung des Gesetzes unbedenklich ein Schärfungsgrund sein soll; denn in allen den alternativen Sätzen der Stelle ist das schärfende Moment vorangestellt: sonst könnte man aus allgemeinen Gründen auch die schwerere Verhehlung, da sie offenbar eine mit größerer Frechheit verübte Entwendung in der Regel voraussetzt, als schärfend betrachten. Der §. 6 der ZV. führt als Milderungsgründe auf: vorher geführten unbescholtenen Lebenswandel, erlittene Unglücksfälle und dadurch entstandenen gänzlichen Mangel der Erwerbsmittel, nachgewiesene arglistige Verleitung, offenes Geständniß vor erfolgter Ueberführung, Geringfügigkeit des Gestohlenen, oder dessen vollständigen Ersatz. Hinsichtlich der Wirkung des Geständnisses vor der Ueberführung ist jetzt die bestimmtere Vorschrift der K. O. vom 16 August 1834 zu beachten: daß stets nur der geringste Grad der unter den ob-

waltenden Umständen verwirkten Strafe erkannt werden soll. Als Schärfungsgründe führt §. 7 ibid., abgesehen von mehreren Fällen, die unten bei den Diebstählen unter erschwerenden Umständen ihre spezielle Erwähnung finden werden, noch auf: wenn das Verbrechen auf einem Markte, oder sonst bei einem entstehenden Gedränge verübt worden; wenn der Verbrecher durch hartnäckiges Leugnen die Untersuchung verzögert; oder endlich ohne hinreichenden Grund wider das eröffnete Urtel ein Rechtsmittel eingewendet hat. Die letztere Bestimmung ist eine ganz spezielle Ausnahme von dem allgemeinen Prinzipe des Preußischen Rechts, daß in zweiter Instanz ex officio nie geschärft werden darf. Die Praxis dürfte auch wohl nur höchst selten zur Anwendung dieser Ausnahme geschritten sein.

§. 7.

B) Mildere Fälle.

Mit milderen Strafen, als gewöhnlicher Diebstahl, sind vier spezielle Fälle bedrohet:

1) Forstfrevel, d. h. Diebstahl an nicht gefälltem Holze in Forsten. Hinsichtlich desselben kommt das besondere Gesetz vom 7. Junii 1821 mit seinen ergänzenden Bestimmungen zur Anwendung. Das wesentliche Prinzip desselben ist: daß die ersten drei Kontraventionsfälle kriminell weder untersucht, noch bestraft werden, und um deßhalb ist hier eine weitere Ausführung der Bestimmungen zur Seite liegend. Erst nach drei Mal erfolgter Bestrafung eines einfachen Holzdiebstahls soll die vierte und fernere Entwendung dieser Art (kriminell) mit einer Einsperrung von vier Wochen bis zu zwei Jahren in einem Arbeits- oder Besserungshause geahndet werden. §. 30 des all. Ges.

2) Diebstahl an Eßwaaren oder Getränken, aus Lüsternheit oder Bedürfniß. Für diese Fälle tritt, ohne Rücksicht, ob der Diebstahl groß oder klein ist, eine körperliche Züchtigung, oder Gefängniß von 24 Stunden bis 8 Tagen, ein — §. 1122 §. 1123 h. t. — Zur Anwendbarkeit dieser gelinderen Strafe müssen jedoch folgende Requisite zusammentreffen:

a) Gegenstand des Diebstahls müssen Eßwaaren oder Getränke sein. Unter diese Kategorie kann man nur dasjenige rechnen, was sofort ohne weitere Zubereitung genießbar ist. Ob, wenn dieß wirklich der Fall ist, der Dieb noch eine besondere Zubereitung vorgenommen, ist gleichgültig: genießen können mußte er aber das Entwendete auch ohne solche. Denn nur dann war es, schon als er es nahm, Eßwaare oder Getränk. Die Richtigkeit dieser Begriffsgrenze ergibt sich daraus, daß, so wie man sie verläßt, und etwa Gegenstände, die mittelst irgend einer Zubereitung erst genießbar sind, hieher rechnet, dann jeder Diebstahl an Getreide und Früchten hieher zu rechnen wäre.

b) der animus des Diebes muß Lüsternheit oder Bedürfniß sein. Dieser spezielle animus wird sich hauptsächlich feststellen lassen

α) aus den dem Diebstahle vorangegangenen Umständen. Hiebei kann z. B. in Betracht kommen: ob der Dieb wirklich von Hunger geplagt gewesen, ob er ein naschhafter Mensch ist?

β) aus den nachfolgenden Umständen. Daß, sobald die Sachen nicht mehr vorhanden sind, deren Verzehrung statt gefunden, ist unbedingt Requisit, wogegen daraus, daß dieß geschehen, nur der Regel nach, aber nicht immer, das Vorhandensein des speziellen animus wird gefolgert werden können. „Zu eigenem Gebrauche" erfordert §. 1122 ausdrücklich. Nicht nur also, wenn der Dieb das gestohlene Gut verkauft, sondern selbst wenn er es mit Andern getheilt, vielleicht gemeinschaftlich mit Mehreren Nichttheilnehmern verzehrt, muß man hienach gewöhnlichen Diebstahl annehmen.

γ) endlich aus der Qualität und Quantität des Entwendeten. Hieraus wird man entnehmen müssen, ob lediglich sofortige Befriedigung eines sinnlichen Reizes unmittelbares Motiv der That gewesen sein kann. Vorrath an Eßwaaren zur Aufbewahrung für allmählichen Gebrauch darf Niemand unter dem Vorwande eines Bedürfnisses entwenden.

In allen diesen Grundsätzen stimmt auch schon das gemeine Recht mit dem Unsrigen überein.

Cf. art. 167 CCC. Fbch. §. 352.

3) Bedingter Weise wenigstens wird mit milderer Strafe, als der des Diebstahls, nach §. 1127 h. t. der Erbe belegt, der aus einer noch ungetheilten Erbschaft etwas entwendet, um sich dadurch mit dem Schaden seiner Miterben, oder der Erbschaftsgläubiger einen Vortheil zu verschaffen. Die Strafe ist principaliter die Erlegung des doppelten Werths der entwendeten Sache; kann jedoch diese Geldstrafe nicht aufgebracht werden, so tritt die gewöhnliche Strafe des Diebstahls ein. Von selbst versteht sich, daß §. 1127 nur zur Anwendung kommt, wenn der verübte Diebstahl an sich ein gemeiner ist: bei einem gewaltsamen treten die allgemeinen Strafgesetze ein. Ueber die Berechnung des Objekts der Entwendung ist oben bereits das Nöthige gesagt.

4) Eine mildere Ansicht endlich hat das Preußische Recht, übereinstimmend mit dem gemeinen Rechte für den Familiendiebstahl.

Die CCC. art. 165 schon hob als besondere Fälle hervor: 1) „so eyner etwas nimmt von güttern, der er sunst eyn nächster Erb ist; 2) so sich dergleichen zwischen Mann und Weib begibt"; Verfahren ex officio wird hier ausdrücklich verboten. Die älteren gemeinrechtlichen Praktiker — Carpzov P. R. C. II. qu. 77 nro 40, qu. 82 nro. 40 sqq. — dehnten bereits auch auf Kinder und andere Verwandte die Ausschließung der poena ordinaria um des Familienverhältnisses willen aus. Die Bestimmungen des Preußischen Rechts finden sich in den §§. 1133 — 1136 h. t. Als Familiendiebstahl werden folgende Fälle betrachtet:

a) Entwendungen unter Eltern, Kindern, Ehegatten, Geschwistern;
b) anderer Anverwandten, welche sich in einer gemeinschaftlichen Hauswirthschaft befinden;
c) von Pflegebefohlenen und Zöglingen an ihren Vormündern, Pflegevätern und andern Erziehern, oder deren Hausgenossen.

Untersucht werden diese Fälle von Amtswegen nicht; sobald aber die Entwendung von demjenigen gerügt wird, unter dessen

Hauszucht der Verbrecher steht, tritt die gewöhnliche Strafe des Diebstahls ein. Zu bemerken ist hinsichtlich dieser Vorschriften noch:

α) der Ausdruck: „Hausgenossen" im §. 1135 ist jedenfalls nicht in dem Sinne zu nehmen, daß man darunter die in Einem Hause wohnenden Personen versteht, sondern er bedeutet eben das, was §. 1134 bezeichnet: sich in einer gemeinschaftlichen Hauswirthschaft befinden. Denn sonst würde der ganze Grundbegriff des Familiendiebstahls, daß Damnifikat und Thäter zu Einer Familie gehören, und lediglich im Kreise einer solchen, worüber Einem pater familias die Disziplin zusteht, das Verbrechen begangen ist, sich verwischen.

β) In den sub c., so wie in den sub a. bezeichneten Fällen wird jedoch das Vorhandensein eines Familiendiebstahls keineswegs dadurch bedingt, daß der Thäter in Einer Hauswirthschaft mit dem Damnifikaten lebt. Denn weder das Gesetz gedenkt in diesen Fällen jenes Requisits, noch folgt dasselbe aus dem Begriffe des Familiendiebstahls, indem das Familienband der Kinder, Geschwister und Mündel auch ohne Zusammensein in Einer Hauswirthschaft nahe und eng genug bleibt. Zweifelhaft bleibt nur die Frage etwa: ob §. 1135 unter Zöglingen und Erziehern alle Schüler und Lehrer hat umfassen wollen, oder sich nur auf Privaterzieher, und auf Zöglinge in Pensionsanstalten bezieht? Die letztere beschränkende Ansicht wird sowohl durch den gewöhnlichen Sprachgebrauch der Ausdrücke: „Zögling und Erzieher," als auch dadurch unterstützt, daß nur in diesen Fällen die Fiktion Eines Familienkreises Platz greifen kann, und man wird daher einen Diebstahl eines Schülers einer öffentlichen Schule an Sachen eines Lehrers für einen gewöhnlichen Diebstahl erachten müssen.

γ) Zweifel erregt ferner die Bestimmung: daß derjenige, unter dessen Hauszucht der Verbrecher steht, allein zur Rüge des Diebstahls befugt sein solle, in einigen hieher gehörigen Fällen, namentlich

a) wenn der Hausvater selbst seine Kinder, oder der Ehemann die Ehefrau,

b) wenn von zwei Geschwistern, deren Eltern todt und die bereits selbstständig sind, Eins das Andere bestiehlt.

Auf diese, an sich unter die Kategorie der Familiendiebstähle nach §. 1133 unbedenklich gehörenden Fälle paßt augenscheinlich die Vorschrift des §. 1136 nicht, da hier der Thäter unter Niemandes Hauszucht steht. Es bleibt hier nur die Annahme übrig: daß der Richter zwar ex officio auch in diesen Fällen nicht einschreiten dürfe, die Rüge des Damnifikaten aber zur Bestrafung ausreicht.

In dem Falle, wenn ein Zögling seinen Hauslehrer, der ihn im väterlichen Hause erzieht, bestiehlt, könnte zweifelhaft sein: ob vom Lehrer, oder Vater, da Beide die Disziplin zu üben haben, die Rüge ausgehen muß? Der Ausdruck: „Hauszucht" dürfte jedoch mehr dafür sprechen, dem Vater allein das Recht zu geben.

δ) In wie weit eine ein Mal geschehene Rüge eines Familiendiebstahls noch zurückgenommen werden kann, darüber spricht sich das Gesetz nicht aus. Die Praxis hat sich indessen ziemlich allgemein der in den Reskripten vom 25. Sept. 1795 — Stengel, Bd. 2 S. 360 — und vom 7. April 1804 — Amelang. N. A. IV. S. 72 — ausgeführten Ansicht angeschlossen, daß

a) die Denunziation so lange noch unbedingt zurückgenommen werden kann, als dieselbe noch nicht vollkommen substanziirt dem Richter vorgetragen worden;

b) bei einer späteren Zurücknahme hingegen in der Regel die Untersuchung fortgehen muß, sobald nicht besonders motivirte Fälle vorliegen, in denen dann der Richter Behufs zu erwirkender Abolition an den Justizminister zu berichten hat.

ε) Wenn bei einem Familiendiebstahle als Theilnehmer oder Gehülfen andere nicht zur Familie gehörige Personen konkurriren, so versteht sich von selbst, daß die Untersuchung gegen diese ex officio eintritt.

ζ) Die endlich in der Praxis zweifelhaft gewordene Frage: ob bei gewaltsamen Familiendiebstählen §. 1136 ebenfalls Platz greife? wird unten näher erörtert werden.

§. 8.

C) Diebstahl unter erschwerenden Umständen.

Diebstahl unter erschwerenden Umständen ist der Inbegriff derjenigen Fälle, in denen dem Verbrechen ein solcher Schärfungsgrund hinzutritt, um dessen Willen das sonstige höchste Strafmaaß noch um ein bestimmtes gesetzlich erhöhet ist. Es gehören unter diesen Begriff alle die Fälle, welche §. §. 1137 — 1157 h. t. erwähnt sind, außer dem des §. 1148:

„Ein Diebstahl, der bei Nachtzeit verübt worden, muß schärfer bestraft werden, als derjenige, welcher bei Tage begangen."

Die Stellung im Systeme würde dafür zwar sprechen, auch diesen Fall für einen Diebstahl unter erschwerenden Umständen zu halten, allein da das Gesetz kein anderes höchstes Strafmaaß vorgeschrieben, als das gewöhnliche, so ist man dieß auch bei der eintretenden Schärfung zu überschreiten nicht berechtigt, und, insofern der Unterschied zwischen einem erschwerenden Umstande und einem bloßen Schärfungsmomente darin beruhet, daß dort poena in abstracto, hier nur poena in concreto härter ist, kann man die Nachtzeit unzweifelhaft nur als Schärfungsgrund ansehen. Daß des Falles gerade an der erwähnten Stelle im Systeme gedacht ist, erklärt sich dadurch, daß die Redaktoren ursprünglich allerdings von der Ansicht ausgegangen sind, den Fall als Diebstahl unter erschwerenden Umständen anzusehen — cf. S. und G. Unterricht über die Gesetze I. 7 §. 17 —, und später nun derselbe bei dieser Lehre stehen geblieben ist. Wann übrigens „Nachtzeit" anzunehmen, darüber bestimmt das Gesetz ausdrücklich nichts. An Sonnen Auf- und Untergang wird man den Unterschied schon aus praktischen Gründen nicht geneigt sein können anzuknüpfen, da hiedurch nur zu leicht minutiöse Berechnungen und Spitzfindigkeiten veranlaßt werden möchten. Am sichersten wird die Rücksicht der ratio legis entsprechen: ob zur Zeit der That die Menschen schon im Schlafe zu liegen pflegen, ob der Dieb also nicht erwarten konnte, Jemanden am Orte der That wachend zu finden?

Mehrerer Momente, welche nach dem A. L. R. als erschwerende Umstände anzusehen sind, gedenkt der §. 7 der Zirk. Verordn. nur als Schärfungsgründe: hierin liegt jedoch eine derogatorische

Bestimmung um deßhalb nicht, weil nach §. 9 ibid. hinsichtlich des Strafmaaßes auch in allen diesen Fällen noch das ALR. maaßgebend sein soll, mithin die härtere Strafe in abstracto noch immer hier anwendbar ist. Als ausdrückliche Fälle erschwerender Umstände hebt die Z.V. nur die beiden im §. 14 derselben aufgeführten hervor.

Die das Verbrechen des Diebstahls erschwerenden Umstände haben nun ihren Grund entweder

1) in dem subjektiven Verhältnisse des Thäters zum Damnifikaten. Dieß ist der Fall beim Hausdiebstahle.

2) oder in dem Objekte der Entwendung.

Hieher gehören

a) der Diebstahl an Sachen, welche nicht unter genauer Aufsicht gehalten werden können,

b) an Staats- und Kirchenvermögen,

c) an öffentlichen Denkmälern, oder Zierrathen öffentlicher Gebäude,

d) an Gräbern oder Leichen,

e) an Sachen in Lazarethen. Oder

3) in der besonderen Qualifikation der Handlung des Diebstahls; als

a) bei Verübung mit außerordentlicher List, Schlauheit, Verwegenheit,

b) mit Waffen, ohne deren Gebrauch; oder

4) endlich, darin, daß das Verbrechen ein wiederholtes ist.

I. Hausdiebstahl.

Der Begriff findet sich in der Carolina noch nicht: aus Andeutungen im Römischen Rechte — fr. 11 §. 1 de poen. — bildeten nach und nach erst die gemeinrechtlichen Kriminalisten diese species delicti. Cf. Böhm. Medit. ad art. 165 §. 7 — Klein §. 440 — Quist. §. 378.

Das Preußische Recht definirt denselben, als den von Gesinde und Hausgenossen an demjenigen, in dessen Lohne und Brodte sie stehen, oder an dessen Hausgenossen verübten Diebstahl. Es schließt sich hiebei an den gemeinrechtlichen Begriff an, erweitert indessen diesen insoweit, als es nicht lediglich Gesinde als Thäter, und nicht nothwendig den Dienstherrn als Damnifikaten voraussetzt, sondern auch auf Hausgenossen, sowohl als Diebe,

wie als Bestohlene den Begriff ausdehnt. Dem Ausdruck: „Hausgenossen" wird man im §. 1137 denselben Sinn beilegen müssen, wie im §. 1135 beim Familiendiebstahle, nämlich den: Inbegriff der in Einer Hauswirthschaft lebenden Personen. Hiefür spricht sich auch das Reskr. vom 14. Novbr. 1796 — Ed. S. v. 1798 S. 1965 — ausdrücklich aus, indem es Miether und in Schlafstelle liegende Personen, obgleich Hausbewohner, doch unter Hausgenossen nicht verstanden wissen will. Der Hausdiebstahl setzt sonach voraus

1) als Thäter

a) jegliches gemeine Gesinde,

b) solche Hausgenossen, die in Lohn und Brodt stehen, auf die jedoch, wenn sie den Hausherrn oder dessen Hausgenossen bestehlen, der Begriff des Familiendiebstahls keine Anwendung erleidet. Namentlich also begehen Hausoffizianten, Handwerks-Lehrlinge und Gesellen, sofern sie im Hause des Meisters wohnen, einen Hausdiebstahl. Bei Lehrlingen könnte man einen Zweifel daraus entnehmen, daß sie in der Regel noch nicht im Lohne stehen, allein im Brodte stehen sie wenigstens, wenn sie bei dem Meister wohnen, und dieß genügt schon sowohl nach der Fassung des §. 1137, als nach §. 7 der Z. VO. In Betreff der Fabrikarbeiter ist ein besonderes Publikandum vom 29. Januar 1795 — Paalzow Magaz. Bd. 3 S. 329 — ergangen, wonach Diebstähle derselben an den ihnen anvertraueten Materialien, Utensilien, Werkzeugen und anderen Effekten als Hausdiebstähle angesehen, und, wenn das Objekt 10 Thlr. oder darunter, mit 1 — 14 Tage einsamen Gefängniß bei Wasser und Brodt, wenn der Gegenstand über 10 Thlr. mit Festungs- oder Zuchthausstrafe von mehreren Monaten bis zu mehreren Jahren bestraft werden sollen.

c) wenn ein Handlungsgesellschafter den andern bestiehlt, so soll nach der positiven Bestimmung des §. 1131 h. t. die That einem Hausdiebstahle gleich geachtet werden.

d) Hieher ist endlich auch der Fall des §. 1332 zu rechnen, wenn ein Vormund einen Diebstahl an Sachen seines Pflegebefohlnen begeht. Auch hier soll die Strafe eines unter erschwerenden Umständen begangenen Diebstahls eintreten, womit die des Hausdiebstahls jedenfalls gemeint ist.

2) als Damnifikaten setzt der Hausdiebstahl voraus den Hausvater selbst, oder dessen Hausgenossen in dem erwähnten Sinne.

Zu gedenken ist hier noch der im allgemeinen Theile bereits erwähnten singulairen Ausdehnung des Begriffes des Diebstahls im §. 1350 h. t. wonach Veruntreuungen des gemeinen Gesindes und der Hausgenossen durch Unterschlagung der ihnen anvertrauten Gelder oder Sachen als Hausdiebstahl angesehen und bestraft werden sollen. Durch diese Bestimmung hat das Gesetz dergleichen Veruntreuungen einem Diebstahle völlig gleichgestellt, und die verwirkte Strafe ist für eine wegen Diebstahls erkannte, selbst wenn in der Urtelsformel das Verbrechen als Veruntreuung bezeichnet sein sollte, anzusehen. Ein Gleiches findet nicht Statt in den Fällen der KO. v. 14. April 1824 — G. S. S. 79 — und 5. Novbr. 1835 hinsichtlich der Veruntreuung zum Transport anvertraueter Güter Seitens der Schiffer und Fuhrleute. Das Verbrechen bleibt hier Veruntreuung, nur die Strafe des (Haus-) Diebstahls tritt ein.

Bei Bestrafung des Hausdiebstahls kommt es nun zunächst darauf an, ob ein kleiner, oder großer vorliegt?

Ersterenfalls tritt von Amtswegen keine Rüge des Verbrechens ein, sondern es steht lediglich in der Wahl des Haus- und Dienstherrn, dasselbe zur Bestrafung anzuzeigen oder nicht. Sobald er es nicht will, hat selbst der bestohlene Hausgenosse nicht die Befugniß, auf Bestrafung des Verbrechers anzutragen. — Reskr. v. 7. Nov. 1812 — J. Jb. I. S. 272 — Reskr. v. 20. Aug. 1814 — Ibid. III. S. 287 —. Hat der Hausherr den Diebstahl einmal gerügt, so kann er nach substanziirter Denunziation den Strafantrag in der Regel nicht mehr zurücknehmen, wie dieß bereits beim Familiendiebstahl näher ausgeführt ist. Tritt eine Bestrafung ein, so wird auf die gewöhnliche Strafe des kleinen gemeinen Diebstahls erkannt — §. 1139 — jedoch mit schärferer körperlicher Züchtigung — §. 7 Zirk.-V. —; wo letztere jedoch auch nicht zulässig, bleibt dennoch 4 wöchentliche Freiheitsstrafe das höchste Strafmaaß. Arg. §. 9 ibid.

Die Bestrafung des großen Hausdiebstahls ist von der Rüge des Hausvaters nicht abhängig, sondern geschieht ex officio — Reskr. v. 7. Nov. 1812 l. c. —; die Strafe ist, außer scharfer Züchtigung (mit etwa 15-30 Hieben), sechswöchentliche bis dreijährige Freiheitsstrafe. — §. 1140 h. t.

II. Diebstahl an Sachen, die nicht unter genauer Aufsicht gehalten werden können.

Unter diese Kategorie bringt das ALR. §. 1141 — §. 1147 folgende einzelne Fälle:

1) an geretteten, oder vor dem Feinde geflüchteten Sachen in Feuers-, Wassers- oder Kriegesnoth,
2) an Thieren auf der Weide,
3) an Ackergeräthschaften, die auf dem Felde stehen zu bleiben pflegen,
4) an Bienenstöcken,
5) an noch nicht gesammelten Feld- oder Gartenfrüchten,
6) an dem im Walde oder an der Ablage stehenden, sowie dem Schwemm- und Flößholze,
7) an Wild und Fischen unter bestimmten Voraussetzungen.

Diese Vorschriften des ALR. sind jedoch theils durch neuere Legislation modifizirt, theils bedürfen die einzelnen Fälle sonstiger spezieller Erläuterung.

ad 1) Zunächst hat zwar der §. 1142 wohl den Fall vor Augen, wenn Sachen, die bereits gerettet, aber noch nicht in spezielle Aufsicht gebracht sind, von Dritten von dem vorläufigen Aufenthaltsorte entwendet werden. Diesem Falle steht jedoch der offenbar gleich, wenn die Sachen von dem Orte der Gefahr selbst, unter dem Scheine sie zu retten, mit der Absicht aber sie zu stehlen, entwendet werden. Man könnte zwar sagen: es liege hier kein Diebstahl an geretteten Sachen vor; allein dieß ist streng genommen auch nach dem Wortsinne nicht einmal richtig: denn, indem der Dieb stiehlt, rettet er zugleich die Sachen von dem Untergange. Die Praxis hat beide Fälle auch gleichgestellt. Platz greifen kann §. 1142 nur so lange, als die Feuers- oder Wassersnoth selbst dauert: der häufig vorkommende Fall also, daß bei Feuersbrünsten auf der Brandstätte liegendes Holz gestohlen wird, ist als gemeiner Diebstahl anzusehen, sobald das Feuer nur bereits gelöscht war. Die zu erkennende Strafe im Falle des §. 1142 ist

a) wenn der Gegenstand des Diebstahls nicht Einen Thaler an Werth erreicht, die gewöhnliche Strafe des kleinen gemeinen Diebstahls, oder resp. des Diebstahls aus Lüsternheit, wenn ein solcher vorliegen sollte;
b) wenn das Objekt des Diebstahls Einen Thaler oder mehr

beträgt, so tritt die Strafe des großen Hausdiebstahls ein: 6 Wochen bis 3 Jahre Freiheitsstrafe, nebst Züchtigung.

Diese Strafbestimmungen gehören erst der neuern Legislatur an. Nach dem ALR. war es fortwährend in der Praxis zweifelhaft, ob der beim Hausdiebstahle gemachte Unterschied zwischen großem und kleinem auch auf die Fälle des Diebstahls an Sachen, die nicht unter genauer Aufsicht gehalten werden können, Anwendung finde. Die KO. vom 22. Juli 1832 — G. S. d. h. a. S. 195 — bestimmte deklaratorisch, daß dieser Unterschied auf die in §§. 1141 bis 1144 h. t. bezeichneten Diebstähle keine Anwendung finde, diese vielmehr, ohne Hinsicht auf den Werth des entwendeten Gegenstandes, jederzeit mit der im §. 1140 bestimmten Strafe (des großen Hausdiebstahls) belegt werden sollten. Diese Verordnung wurde dann modifizirt durch die KO. vom 20. April 1835 — GS. d. h. a. S. 46, wonach in den unter der KO. v. 22. Juli 1832 begriffenen Fällen, wenn der Gegenstand des Diebstahls nicht Einen Thaler an Werth erreicht, und von Feldern, aus Gärten oder von andern nicht unter genauer Aufsicht stehenden Orten entwandt worden ist, nur die Strafbestimmungen der §§. 1121 - 1124 h. t. eintreten sollen. Mit Rücksicht auf diese letztere Bestimmung wird sonach im Falle des §. 1142, da dieser an sich schon voraussetzt, daß der Ort, an dem Feuers-, Wassers- oder Kriegsnoth ist, nicht unter genauer Aufsicht steht, stets der Werth des entwendeten Objekts für das Strafmaaß entscheidend sein.

ad 2) Der Diebstahl an zahmen Thieren war schon nach Römischem und gemeinem Deutschen Kriminalrechte ein schwerer — Quist. §. 366. — Die beschränkende Bestimmung des ALR. §. 1143: daß Thiere auf der Weide vorausgesetzt wurden, erlitt bereits in Bezug auf Diebstahl an Pferden eine Erweiterung durch die VO. vom 28. Sept. 1808 — Matthis Bd. 7, S. 2 —. Diese wurde jedoch wiederum aufgehoben durch die KO. vom 4. August 1832 — GS. de h. a. S. 202 —, und dagegen festgesetzt, daß jeder nicht nur an Pferden, sondern überhaupt an Zug- und Lastthieren, ingleichen an Rind-, Schaaf- und anderem Nutzvieh begangene gemeine Diebstahl, sobald nicht andere Umstände hinzutreten, welche gesetzlich eine strengere Be-

strafung nach sich ziehen, stets so bestraft werden soll, als wäre derselbe an Sachen verübt, die nicht unter genauer Aufsicht und Verwahrung gehalten werden können. Unter Nutzvieh wird man diejenigen Hausthiere, und überhaupt dasjenige Vieh verstehen müssen, die entweder zur menschlichen Nahrung bestimmt sind oder zu irgend einem bestimmten Nutzen in der Hauswirthschaft gehalten werden, nicht aber z. B. Hunde, die zum Vergnügen gehalten werden; unter Zug- und Lastthieren: Pferde, Rindvieh, Esel, Maulesel, sobald solche zu diesem Zwecke in der Wirthschaft sind. Das Strafmaaß stellt sich mit Berücksichtigung der KO. vom 20. April 1835 jetzt dahin:

a) sind die Thiere aus dem Stalle, oder sonst von einem unter Aufsicht stehenden Orte entwendet, so tritt ohne Rücksicht auf den Werth sechswöchentliche bis dreijährige Freiheitsstrafe ein;

b) ist die Entwendung dagegen von der Weide, oder sonst einem nicht unter Aufsicht stehenden Orte geschehen, so kommt es darauf an, ob der Werth der res furtiva Einen Thaler beträgt oder weniger; letzterenfalls treten die Strafbestimmungen §§. 1122-1124 ein; nur erstern Falls der §. 1140. Durch diese neuere Legislation ist sonach das Preußische Recht wieder zu der gemeinrechtlichen Praxis zurückgekehrt, die auch schon den Diebstahl des Viehs aus dem Stalle für härter hielt, als den vom Felde — Quist. l. c. not. g.

ad 3) Die Observanz der Gegend muß darüber entscheiden, welche Ackergeräthschaften gewöhnlich auf dem Felde stehen bleiben. Da der Diebstahl immer an diesen Sachen, wenn §. 1143 Platz greifen soll, auf dem Felde verübt sein muß, so findet hinsichtlich des Strafmaaßes der Unterschied zwischen großem und kleinem Diebstahle im Sinne der KO. vom 20. April 1835 stets Anwendung.

ad 4) Auch bei dem Diebstahl an Bienenstöcken wird in der Regel dieser Unterschied Statt finden, da sie meist wohl an Orten stehen, die im Sinne der KO. nicht unter genauerer Aufsicht gehalten werden. Sollten sie z. B. auf dem Hofe sein, dann würde ohne Rücksicht auf das Objekt des Diebstahls nach der KO. vom 22. Juli 1832 die Strafe des §. 1140 eintreten.

ad 5) Des Diebstahls an Früchten auf dem Felde gedenkt schon die C. C. C. art. 167, und bestraft ihn als einen schweren, wenn er bei Nachtzeit geschieht, oder in großen Quantitäten.

Hinsichtlich der landrechtlichen Bestimmung ist zunächst oft die Frage möglich: wann sind Feld- und Gartenfrüchte als gesammelt anzusehen? Für die meisten Fälle wird man Sammeln gleichbedeutend nehmen können mit dem Wegbringen vom Felde. Denn die ratio legis ist die Schwierigkeit der Bewachung, und diese dauert fort, so lange die Früchte in freiem Felde sind. Bei solchen Früchten also, die man nicht unmittelbar nach dem Abschneiden einzubringen pflegt, als namentlich Getreide, wird man die Zeit, wo sie gemähet auf dem Felde stehen, als solche ansehen müssen, in der sie noch nicht gesammelt sind. Dieß ist auch dem Sprachgebrauche des Wortes „sammeln" nicht entgegen. Zweifelhafter hingegen ist der Fall: ob Diebstahl an Früchten, die man nach Landessitte bis zu ihrem Verbrauche im Freien ohne Bewachung läßt, z. B. Kartoffeln, welche in Gruben gebracht, und dort für immer aufbewahrt werden, nach §. 1143 zu bestrafen? Da man jedoch diese Früchte als gesammelt jedenfalls ansehen muß, so wird man nach dem Wortinhalte des Gesetzes nur einen gewöhnlichen Diebstahl annehmen können. — Um ferner überhaupt auf Grund §. 1143 eine Strafe eintreten zu lassen, müssen die gestohlenen Früchte, wenn sie sofort ohne weitere Zubereitung genießbar sind, nicht aus Lüsternheit entwendet sein, indem dieß Milderungsmoment die härtere Strafe natürlich ausschließt.

Was das Strafmaaß anlangt, so findet auf den Diebstahl an Früchten vorzugsweise die KO. vom 20. April 1835 Anwendung; ist also der Werth unter Einem Thaler, so tritt, abgesehen von dem Falle der Lüsternheit, 8 Tage bis 4 Wochen, ist er mindestens Ein Thaler, 6 Wochen bis 3 Jahre Freiheitsstrafe nebst Züchtigung ein.

ad 6) Schon C. C. C. art. 168 unterscheidet zwischen dem Stehlen von gehauenem Holze, das als wirklicher Diebstahl, und dem Holzhauen, das nach jedes Orts Gewohnheit geahndet werden soll. Derselbe Unterschied findet sich auch im Preußischen Rechte. Hinsichtlich des Diebstahls an gefälltem Holze wird nun aber weiter unterschieden: ob es sich an ei-

nem Orte befand, wo es unter Aufsicht gehalten werden konnte, oder nicht? Vier spezielle Fälle der letzteren Art stellt §. 1144 auf, nämlich: Entwendung des im Walde, des an der Ablage stehenden, des Schwemm=, und des Flößholzes. Für diese Fälle tritt, wenn der Werth des entwendeten Holzes unter Einem Thaler ist, 8 Tage bis 4 Wochen, sonst sechs Wochen bis 3 Jahre Freiheitsstrafe ein. Diese Fälle sind jedoch als die ausschließlichen wohl nicht, sondern nur als Beispiele anzusehen: ihnen stehet jeder andere Fall in der Beurtheilung gleich, wo sich gefälltes Holz an einem nicht unter Aufsicht stehenden Orte befindet. Diebstahl von Holz dagegen an einem unter Aufsicht befindlichen Orte ist als gewöhnlicher gemeiner Diebstahl anzusehen. Diebstahl an nicht gefälltem Holze in Forsten ist nach dem Ges. vom 7. Juni 1821 zu beurtheilen: ob dagegen, wenn ein einzelner z. B. auf einer Wiese stehender Baum gefällt und entwendet ist, ein Diebstahl unter erschwerenden Umständen anzunehmen, erscheint zweifelhaft. Man wird jedoch ex §. 1141 die Affirmative mit Recht vertheidigen können, um so mehr, als man entgegengesetzten Falles bei einem fruchttragenden Baume auf den Widerspruch stoßen würde, daß Entwendung der Früchte schwerer Diebstahl, des ganzen Baumes dagegen nicht. Ex §. 1141 ist auch der Fall zu beurtheilen, wenn Torf oder Steinkohlen, die auf den Halden, in oder an Gruben stehen, entwendet werden. Ursprünglich hatten die Redaktoren auch die Absicht, diesen Fall denen des §. 1144 ausdrücklich gleichzustellen, wie dieß aus §. 17. I. 7. in S. und G.Unterricht über die Gesetze erhellt.

ad 7) Das ALR. gedenkt endlich unter der Kategorie der Sachen, die nicht unter genauer Aufsicht gehalten werden können, der auch bereits in den meisten Deutschen Partikularrechten speziell behandelten — cf. Böhmer Medit. ad art. 169 §. 3, Quist. §. 367, §. 363 — Fälle des Wild= und Fischdiebstahls. Aufgestellt werden folgende spezielle Unterscheidungen:

a) hinsichtlich des Wilddiebstahls: — §. 1145 —

α) sind Wilddiebereien ohne Schießgewehr, Netze oder Schlingen verübt, so werden sie als gemeiner,

β) sind sie mit dergleichen Werkzeugen verübt, als Diebstahl unter erschwerenden Umständen bestraft;
γ) an Personen, die ein Gewerbe daraus machen, werden sie als gewaltsamer Diebstahl bestraft.

Bei der Lehre vom Wilddiebstahle ist zunächst mit Rücksicht auf §. 315 sqq. h. t. nicht scharf und klar die Grenze gezogen zwischen Jagdkontravention und Wilddiebstahl. Nach allgemeinen Grundsätzen wird man als entscheidendes Moment das Vorhandensein des animus lucri faciendi ansehen müssen. Wo die Absicht, durch erlegtes Wild sich zu bereichern, beim Jagen vorliegt, kann ein Diebstahl, ohne Rücksicht darauf, ob dem Thäter auf andern Revieren eine Jagdgerechtigkeit zustehe, nie zweifelhaft sein. Sobald hingegen, den Umständen nach, dieser animus auszuschließen ist, also entweder die Absicht, Wild zu vertreiben, oder der Zweck des Jagdvergnügens sich herausstellt, liegt Jagdkontravention vor. Lediglich aus den Umständen des konkreten Falles, namentlich den Verhältnissen des Thäters, muß man die Prüfung anstellen, welchen animus er gehabt habe. Eine formelle Präsumtion spricht zwar nach §. 1112 h. t. in allen den Fällen, wo der Jäger das Wild an sich genommen, für die diebische Absicht: schwer wird es jedoch demjenigen, der wirklich nur Jagdkontravenient war, nie werden können, Momente für Ausschließung jener Präsumtion anzuführen, und dann liegt stets dem richterlichen Ermessen die Prüfung der Indizien für und gegen den animus lucri faciendi ob. Als gemeiner Diebstahl sollen Wilddiebereien bestraft werden, die ohne Schießgewehr, Netze, Schlingen verübt worden. Das Gesetz nennt hier nur diese speziellen Werkzeuge; es fragt sich, ob dieselben nur etwa beispielsweise haben genannt werden sollen, der Sinn des Gesetzes also der ist: daß ein ohne künstliche Fangmittel verübter Diebstahl als gewöhnlicher anzusehen, oder ob gerade der Gebrauch der speziell aufgeführten Instrumente das gravirende Moment involvire. Aus der Fassung des Gesetzes weder, noch aus dem sonstigen Zusammenhange läßt sich ein Grund herleiten, der die erstere Annahme rechtfertigen könnte; man

wird daher bei dem wörtlichen Inhalte des §. stehen bleiben, und jeden nicht durch die speziell aufgeführten künstlichen Mittel verübten Wilddiebstahl bloß für einen gemeinen erachten müssen.

Wenn nun aber ein Wilddiebstahl an sich als schwerer anzusehen ist, so frägt sich weiter: ob bei der Bestrafung zwischen großem und kleinem zu unterscheiden sei? Die KO. vom 22. Juli 1832 begreift ausdrücklich nur die Fälle von §. 1141 - 1144; hiedurch wird daher auch die KO. vom 20. April 1835, welche sich nur auf jene frühere Ordre wieder bezieht, ausgeschlossen: die Entscheidung der Frage ist also zunächst lediglich aus dem ALR. selbst zu entnehmen. Nach den Worten des Gesetzes sollen Wilddiebereien überhaupt, also ohne Unterschied zwischen großen und kleinen, wenn sie mit Schießgewehr u. s. w. verübt sind, als schwerer Diebstahl bestraft werden: diesen Worten entspricht auch die ratio legis, daß der Gebrauch der Werkzeuge das erschwerende Moment ist, und dieser also stets die Strafe erhöht. Es dürften diese Gründe ausreichen, um die auch in der Praxis nicht verworfene Ansicht zu begründen, daß das Strafmaaß für den Diebstahl, wenn er als schwerer anzusehen ist, stets ohne Rücksicht auf den Werth des gestohlenen Wildes, sechswöchentliche bis dreijährige Freiheitsstrafe sei.

Der Schluß des §. 1145 läßt den Zweifel entstehen: ob, um gegen einen Wilddieb die Strafe des gewaltsamen Diebstahls zu erkennen, erforderlich ist, daß er aus dem Wilddiebstahl mit Schießgewehr, Netzen, Schlingen, ein Gewerbe mache, — oder ob es genügt, daß er Wilddiebstahl überhaupt gewerbsweise betreibe? Die letztere Ansicht, nach welcher man das Wörtchen: „Daraus" auf Wilddiebereien überhaupt bezieht, erscheint aus äußeren und inneren Gründen als die richtigere. Denn man müßte erstlich den Gesetzgeber gewiß einer Unklarheit bezüchtigen, wenn man das Wort: „daraus" interpretiren wollte: „aus dem Wilddiebstahle mit Schießgewehr u. s. w." da, daß im dritten Passus des §. bloß auf den zweiten Bezug genommen werden solle, jedenfalls bestimmter anzudeuten gewesen wäre; ferner aber auch ist hier der ge-

werbsweise Betrieb des Verbrechens das erschwerende Moment, und es liegt daher auch kein innerer Grund in der Sache selbst, bei einem solchen gewerbsmäßigen Diebe eine spezielle Art und Weise, wie er sein Gewerbe betreibt, noch zu berücksichtigen.

Wann anzunehmen sei, daß ein Wilddieb als ein solcher anzusehen, der ein Gewerbe aus Wilddieberei macht, darüber ist in der Praxis Zweifel eben so entstanden, wie bei anderen Verbrechen, wo die gewerbsmäßige Verübung geahndet werden soll. Cf. §. 997, §. 1023 h. t. Im Allgemeinen muß man bei allen diesen Fällen als entscheidendes Moment ansehen: ob der aus der Verübung der Verbrechen gezogene Gewinn als ein nach der Absicht des Verbrechers zu erzielender Beitrag zu seinem Lebensunterhalte angesehen werden kann? und diese Prüfung ist aus der Dauer des betriebenen Verbrechens, aus dem Betrage des gezogenen Gewinns, aus den sonstigen Mitteln des Lebensunterhalts, aus dem Umfange der Bedürfnisse des Verbrechers anzustellen: eine bestimmte Grenze, wo ein Verbrecher ein Gewerbe zu machen angefangen, eine bestimmte Anzahl Fälle lassen sich als allgemeine Requisite nicht aufstellen.

b) beim Fischdiebstahle wird unterschieden

α) es wird entwendet aus fließendem Wasser, oder großen Landseen, an denen eine Fischereigerechtigkeit existirt. Sobald hier nicht eine, nach §. 321 h. t. zu bestrafende, auch ihren Requisiten nach ganz ebenso wie eine Jagdkontravention zu beurtheilende, bloße Beeinträchtigung der Fischereigerechtigkeit vorliegt, tritt die Strafe des gemeinen Diebstahls ein — §. 1147 h. t.

β) es wird entwendet aus Hältern, Privatseen, oder Teichen. Hier sollen überall dieselben Unterscheidungen zum Grunde gelegt werden, wie beim Wilddiebstahle — §. 1146 —; es finden sonach auch hinsichtlich der möglichen Zweifel über die Grenze dieser Unterscheidungen dieselben Grundsätze wie beim Wilddiebstahle Statt: namentlich also wird nur der Diebstahl mit Netzen, nicht der mit Angeln, als schwerer anzusehen sein.

III. Diebstahl an Staats- oder Kirchenvermögen.

In einer Anzahl Fälle tritt ein den Diebstahl erschwerendes Moment dadurch hinzu, daß entweder der Ort des Diebstahls ein öffentliches Gebäude war, oder das gestohlene Gut ein besonders zu respektirendes Eigenthum des Staats, oder anderer öffentlichen Anstalten. Die über diese Fälle im ALR. disponirenden §§. 1149, 1156 haben eine Modifikation erlitten durch den §. 14 d. ZV. v. 26. Febr. 1799. Dieser stellt als härter strafbar speziell die beiden Fälle auf:

a) wenn ein Diebstahl in Königlichen oder Prinzlichen Schlössern, dem Staate zugehörigen Magazinen, Packhöfen, Posthöfen, Posthäusern, oder anderen öffentlichen Gebäuden verübt ist.

b) wenn Gelder oder Sachen gestohlen sind, welche dem Landesherrn, den Prinzen oder Prinzessinnen des Königlichen Hauses, Kirchen, milden Stiftungen oder öffentlichen Anstalten gehören, oder den Posten anvertrauet sind.

Im ersten Falle kommt es lediglich auf den Ort des Diebstahls an. Ist dieser ein öffentliches Gebäude, so liegt, ob der Gegenstand des Diebstahls öffentliches oder Privateigenthum ist, ganz zur Seite. Wenn also ein Beamter, der in einem öffentlichen Gebäude eine Dienstwohnung hat, bestohlen wird, so liegt der hier in Rede stehende Fall ebenfalls vor. Der Grund der Straffschärfung liegt hier lediglich darin, daß der Verbrecher die größere Achtung, die ein Jeder vor dem Eigenthume des Staats haben soll, dadurch, daß er in dessen Räumen ein Verbrechen begeht, verletzt hat. Der §. 1156 h. t. nannte als loca privilegiata: dem Gottesdienste gewidmete, oder andere öffentliche privilegirte Orte; der letztere Ausdruck war allerdings sehr unbestimmt, und ist wenigstens einigermaaßen präziser in der ZV. bezeichnet. Als öffentliche Gebäude muß man alle diejenigen dem Staate oder einer kirchlichen oder bürgerlichen Gemeinde gehörigen ansehen, die zu öffentlichen Zwecken bestimmt sind und benutzt werden. Denn die Beschränkung, daß der Staat Eigenthümer ist, bezieht sich im Gesetze nur auf Magazine und Packhöfe, nicht aber auf die sonstigen öffentlichen Gebäude. Dieß ergibt sich namentlich aus dem zweiten passus des §. 14, wo Kirchen unter Andern speziell genannt sind; und man würde sonst auch

durchaus keinen Grund finden können, weshalb der §. 1156 durch §. 14 ZB. in einigen Fällen hätte gemildert werden sollen. Jeden Diebstahl in Kirchen, Rathhäusern u. s. w. wird man also ex §. 14 strafen müssen. Spritzenhäuser kann man dagegen wohl weder unter die Kategorie von Magazinen bringen, noch als öffentliche Gebäude ansehen, und von diesem Gesichtspunkte aus der Ansicht des nach Strombecks Ergänzungen ad §. 14 cit. vorhandenen Reskripts vom 22. Mai 1804 beitreten, daß Diebstahl in solchen nur als gewöhnlicher gemeiner zu bestrafen sei. Solche Gebäude, auch des Staats, wird man als öffentliche nicht ansehen können, die nur von Privatpersonen benutzt werden, z. B. selbst Militair-Kasernen. Dagegen läßt sich das als Merkmal öffentlicher Gebäude nicht unbedingt aufstellen, daß offener Zutritt des Publikums durch den Zweck ihrer Benutzung mit sich gebracht werde: hiegegen ist das vom Gesetze selbst erwähnte Beispiel der Magazine.

Des Diebstahls in arce principis gedenkt, als eines härter zu bestrafenden, schon Carpzov Pr. R. C. II qu. 88 nro. 95.

Im zweiten Hauptfalle des §. 14 kommt es nicht auf den Ort des Diebstahls, sondern lediglich auf den Damnifikaten an. Zuvörderst ist hier klar, daß dem Diebe, um gegen ihn die härtere Strafe eintreten zu lassen, nachgewiesen werden muß, daß er gewußt habe, wem er entwende: wenn dem Verbrecher diese Wissenschaft nur bis zu einem dringenden Verdachte nachgewiesen werden kann, so hat man, wenn sonst die That feststeht, die Wahl, ob man wegen schweren Diebstahls extraordinarie, oder wegen gemeinen Diebstahls ordinarie, vielleicht mit Schärfung wegen der Vermuthung der gravirenden Wissenschaft, strafen will. Das Letztere erscheint nach allgemeinen Grundsätzen als das Richtigere, da den eines Verbrechens Ueberführten auch eine poena ordinaria treffen muß, und diese als solche aufzuheben darin kein Grund liegt, daß möglicher Weise eine härtere species des Verbrechens vorhanden sein könnte.

Allgemein sagt das Gesetz: „wenn Kirchen etwas gestohlen ist," und macht keinen Unterschied dazwischen, ob die der Kirche gestohlenen Sachen geweihte oder profane sind. Schon die Praxis des gemeinen Rechts — Böhmer meditt. ad art. 174 §. 3 — Quistorp §. 388 — Klein §. 452 — hatte allerdings für Protestanten diesen Unterschied der Reichsgesetze, und

namentlich der Carolina, stets für unanwendbar erachtet, und angenommen, daß in protestantischen Ländern beim Sacrilegio Alles auf den vom Diebstahl überhaupt geltenden Gesetzen beruhe. Diesen Grundsätzen ist auch das ALR. gefolgt: indessen für den Fall, wenn ein katholischer Preußischer Unterthan einen Diebstahl an einer Monstranz begehen sollte, erscheint wohl das Gesetz in seiner allgemeinen Fassung nicht als ausreichend; hier wird jedoch der erkennende Richter wenigstens in der Art supplirend einwirken dürfen, daß er aus der Konfession des Thäters einen besonderen Schärfungsgrund bei Arbitrirung der Strafe zu entnehmen haben wird. Das Strafmaaß nun der hieher gehörigen Fälle ist, abweichend vom ALR., im §. 14 der ZV. dahin bestimmt, daß der Diebstahl

a) wenn das Gestohlene von geringem Werthe ist, wie ein zweiter,

b) sonst wie ein zum Dritten Male begangener, gestraft werden soll.

Von geringem Werthe wird man als gleichbedeutend mit „kleinem" Diebstahl, erachten müssen, da dieß die einzige bestimmte Grenze, die das Gesetz kennt, ist. Die Bestimmung des §. 14 läßt jedoch auch noch die Frage zweifelhaft: ob in dem Falle sub a die Strafe des zweiten kleinen, oder des zweiten großen zur Anwendung zu bringen ist? Aus dem in Bezug genommenen §. 11 d. ZV. läßt sich kein Moment für die eine oder andere Ansicht entnehmen. Auf den ersten Blick erscheint jedenfalls die Anwendung der Strafe des zweiten kleinen Diebstahls weit natürlicher; erwägt man indessen

α) daß im Allgemeinen die Gradation des §. 14 offenbar dahin geht, den kleinen Diebstahl nur um eine Stufe milder als den großen zu strafen, der letztere aber, als dritter großer, unzweifelhaft zu strafen ist, also schon dieß auf den zweiten großen führt;

β) daß das Prinzip der ZV. überhaupt auf Schärfung der Bestimmungen des ALR. gerichtet ist, §. 1149 aber die Strafe des zweiten großen Diebstahls, ohne Unterschied auf den Betrag der entwendeten Sachen, aufstellt, und daß diese Straffanktion habe so bedeutend gemildert werden sollen, gewiß nicht anzunehmen ist;

so wird man der Ansicht beitreten müssen, daß kleine Diebstähle

in den hieher zu rechnenden Fällen mit 8 Wochen bis 4 Jahren und Züchtigung, große außerdem noch mit Detention bis zur Besserung und zum Nachweise ehrlichen Erwerbs zu bestrafen sind. Hinsichtlich der Ausstoßung aus dem Soldatenstande cf. Simon u. Strampff Rechtsspr. Bd. I. S. 352.

IV. Diebstahl an öffentlichen Denkmälern oder Zierrathen öffentlicher Gebäude oder Plätze.

Diese Fälle fallen nicht immer unter die Kategorie des §. 14 d. ZB. und insofern bleibt noch speziell maaßgebendes Strafgesetz der §. 1151 ALRs. Hienach tritt, ohne Rücksicht auf den Werth der entwendeten Sache — dieß folgt aus der Bezugnahme auf §. 1140 — 6 Wochen bis 3 Jahre nebst Züchtigung — ein. Von selbst versteht sich übrigens, daß von einem Diebstahle solcher Gegenstände nur die Rede sein kann, wo ein animus lucri faciendi durch die Absicht eines Verkaufs oder einer Benutzung vorliegt; anderenfalls nur eine Beschädigung aus Muthwillen oder Bosheit in medio sein wird.

V. Diebstahl an Gräbern oder Leichen.

Ueber diesen, auch im gemeinen Rechte — Carpzov Pr. R. Cr. II. qu. 83 nro. 53 sqq. — schon hervorgehobenen Fall enthalten §§. 1152 — 1155 folgende Bestimmungen:

a) wenn Gräber oder Leichname bestohlen werden, so tritt Schärfung der Strafe des gemeinen Diebstahls durch Züchtigung, ohne Verlängerung der Dauer, ein. Hieher gehören namentlich die Fälle, wenn Kleider oder Kostbarkeiten den Leichen abgenommen werden. Als Bestehlen von Gräbern ist jedoch auch anzusehen, wenn Grabsteine, Blumen, Bäume oder andere Zierrathen der Gräber entwendet werden. Zwar ließe sich hier auch §. 1151 anwenden, da dergleichen Zierrathen auch es für den Gottesacker, als öffentlichen Platz überhaupt sind: da indeß ihr nächster Zweck doch ist, Zierde dem einzelnen Grabe zu sein, so paßt §. 1152 besser.

Wer solchen Diebstahl begeht, ob Fremde, Angehörige, Todtengräber, ist gleichgültig.

b) Wenn Leichen selbst entwendet sind, so kann zwar eigentlich von einem Diebstahle überhaupt nicht die Rede sein,

wie schon oben im allgemeinen Theile näher erörtert ist; das Gesetz bestimmt indessen

α) der Todtengräber, der sich dieses Vergehens schuldig macht, — ob der zur Aufsicht über den speziellen Kirchhof gesetzte, oder ein anderer, dazwischen macht das Gesetz keinen Unterschied, und insofern ratio legis in der amtlichen Stellung überhaupt, und in der größeren Vertrautheit, mit Leichen umzugehen, liegt, rechtfertigt sich ein solcher auch nicht — soll mit der durch Züchtigung geschärften Strafe des gemeinen Diebstahls und Entsetzung vom Amte bestraft werden. Die hier gemeinte Strafe ist jedenfalls die des großen Diebstahls, auch wenn bloß die Leiche selbst gestohlen sein sollte, da sie etwas Unschätzbares ist.

β) Wenn andere Personen Leichen stehlen, so soll gegen sie

αα) auch, wenn Niemand auf ihre Bestrafung anträgt, eine Gefängnißstrafe von 8 Tagen bis 4 Wochen eintreten;

ββ) auf Antrag der Angehörigen sollen sie als Injurianten bestraft werden.

Diese letztere Bestimmung ist bereits oben ebenfalls näher erörtert.

VI. Lazarethdiebstahl.

Für jeden in einem Militairlazarethe verübten Diebstahl ist als spezielles Strafgesetz die VO. vom 13. Oktober 1813 — GS. d. h. a. S. 127 — maaßgebend.

Poena ordinaria ist körperliche Züchtigung von 20 — 100 Hieben; falls eine solche nicht zureichend ist, das höchste Maaß der landrechtlichen Freiheitsstrafe. Dieses wird, da ausdrücklich auf das ALR. Bezug genommen, §. 14 der ZV. v. 26. Febr. 1799 also, wenn gleich Lazarethe öffentliche Gebäude sind, auszuschließen ist, ex §. 1156 zu arbitriren sein, also 4 Wochen für den kleinen, 2 Jahre für den großen Diebstahl betragen, so fern nicht wegen des persönlichen Verhältnisses des Thäters etwa Hausdiebstahl vorliegen sollte. Stets ist auf Zuchthausstrafe zu erkennen, in bedeutenden Fällen noch auf Züchtigung außer derselben. Neben diesen Strafen findet allemal öffentliche Ausstel-

lung vor der Thür des Lazareths Statt, mit einer Tafel bezeichnet: „Dieb im Lazarethe.“

Dieß außerordentlich harte Strafgesetz hatte unzweifelhaft seine Veranlassung in dem damaligen Kriege, und wahrscheinlich nur die neuerlich zu selten vorgekommenen Fälle seiner Anwendbarkeit haben es in der Theorie noch bestehen lassen.

VII. Diebstahl mit außerordentlicher List, Schlauheit, oder Verwegenheit.

Der §. 1150 h. t., den die ZV. nirgends aufgehoben hat, disponirt:

„Zuchthausstrafe von 8 Wochen bis 4 Jahren nebst Züchtigung findet Statt, wenn ein Diebstahl zwar ohne Gewalt, und ohne besonders erschwerende Umstände, aber mit außerordentlicher List, Schlauheit, oder Verwegenheit verübt worden.“

Was für Fälle hieher zu rechnen, darüber läßt sich, wie aus der Fassung der Bestimmung von selbst hervorgeht, ein durchgreifendes Prinzip nicht aufstellen: das aus den Umständen der konkreten Fälle zu entnehmende richterliche Ermessen muß hier allein entscheiden. Die Behauptung läßt sich indessen wohl aufstellen, daß bis jetzt die Praxis dieß Gesetz gewiß zu selten aus unzeitiger Milde angewendet hat. Vorzugsweise eignet sich jedenfalls die Klasse der Taschen- und Marktdiebstähle sehr oft zur Beurtheilung nach demselben, eben weil im Allgemeinen dieselben nur als gemeiner, nicht als schwerer Diebstahl anzusehen sind.

VIII. Diebstahl mit Waffen ohne deren Gebrauch.

Nach §. 1157 h. t. tritt eine Schärfung der Strafe des Diebstahls um 3 Monate bis 1 Jahr ein:

„wenn bei Verübung eines gemeinen Diebstahls der Verbrecher Gewehr oder andere gefährliche Werkzeuge, welche Leute seines Standes sonst nicht zu tragen pflegen, bei sich geführt hat, ohne jedoch davon Gebrauch zu machen.“

Es kommt zuvörderst darauf nichts an, ob der verübte Diebstahl ein großer, oder ein kleiner ist, obwohl allerdings im letzteren Falle die Strafschärfung härter ist, als das Strafmaaß des Verbrechens an sich; der kleine Diebstahl ist mit 3 Monat

1 Woche bis 1 Jahr 1 Monat, der große mit 4 Monaten bis 3 Jahren zu ahnden. Wesentlich ist dagegen

1) daß bei Verübung des Diebstahls der Verbrecher die Waffen bei sich gehabt: ob er sie indessen zum Zwecke der Verübung schon vorher mitgenommen, oder während der Verübung sich solche, bei etwa bereits ihm möglich erscheinender Gefahr, sofort verschafft, ist gleichgültig: das Gesetz hat diesen Unterschied, den die gemeinrechtliche Praxis — **Böhmer** Meditt. ad art. 159 §. 7 — allerdings kannte, nicht aufgestellt.

2) daß von Werkzeugen der Art die Rede ist, die
   a) auf die Absicht, im Nothfalle zu rauben, ihrem Zwecke nach, schließen lassen,
   b) von Leuten des Standes, deß der Verbrecher ist, gewöhnlich nicht getragen werden.

3) endlich, daß Gebrauch von den Waffen nicht nur nicht zu Thätlichkeiten, sondern nicht einmal zu Drohungen gemacht ist, indem sonst Raub oder wenigstens gewaltsamer Diebstahl vorliegt.

Das gemeine Recht übrigens, auf art. 159 CCC. sich basirend, sieht den Fall des §. 1157 schon als gefährlichen Diebstahl an, und stellt ihn dem gewaltsamen gleich. — **Böhmer** Meditt. ad art. cit. §. 6, **Quist.** §. 351, **Klein** §. 445.

IX. Wiederholter gemeiner Diebstahl.

Die CCC. art. 161 bestraft den zweiten Diebstahl, ohne zu unterscheiden, ob schon eine Bestrafung wegen des Ersten Statt gehabt, wenn er mit dem Ersten zusammengenommen noch nicht den Betrag eines magni furti erreicht, mit Pranger und Landesverweisung, in den härteren Fällen wie einen großen Diebstahl. Den dritten Diebstahl bestraft art. 162 CCC. indistincte mit dem Galgen. Die Praxis erfordert indeß allgemein zur Anwendbarkeit dieser Strafe nicht nur vorgängige Bestrafung der früheren Diebstähle, sondern auch, daß der Werth sämmtlicher den Betrag des furti magni erreiche. — **Quist.** §. 355, §. 361, §. 362, **Klein** §. 453, §. 454. —

Im Preußischen Rechte finden sich bei der Lehre vom wiederholten Diebstahle vielfache Kontroversen. Die einzelnen zu unterscheidenden Hauptfälle sind folgende:

A) Mehrere sämmtlich noch unbestrafte Diebstähle.

Der §. 1158 h. t. verordnet:

„Hat Jemand mehrere gemeine Diebstähle begangen, und ist er deßwegen noch niemals bestraft worden, so soll er diejenige Strafe leiden, welche nach Verhältniß der durch alle Diebstähle zusammen entwendeten Summe und der dabei mit eintretenden erschwerenden Umstände verwirkt ist."

Diese nicht ganz klare Bestimmung hat man in der Praxis wohl, aus der Vorschrift des allgemeinen Theils über Kollision der Strafen, im §. 57 h. t.:

„Wenn mehrere Leibesstrafen zusammentreffen, so muß die Strafe des schwersten Verbrechens verschärft werden; doch muß die Summe aller Strafen der verschiedenen Verbrechen nicht überschritten werden."

erläutern wollen. Hiegegen spricht jedoch erstlich, daß §. 57 zunächst nur die Fälle vor Augen haben kann, wo zwei dem genus nach ganz verschiedene Verbrechen konkurriren: denn nur hiefür gehört eine Sanktion in den allgemeinen Theil des Kriminalrechts; ferner ist für mehrere gewaltsame Diebstähle im §. 1181 das Prinzip des §. 57 ganz klar abgeändert, es könnte also eine Abweichung davon im §. 1158 auch gar nicht auffallen; endlich aber wird man, wenn man den Grundsatz des §. 57 in den Fällen des §. 1158 durchführt, gezwungen, die Rücksicht auf den entwendeten Gesammtbetrag, die §. 1158 doch als erheblich klar aufstellt, gänzlich aus den Augen zu setzen. Denn, wenn man nach dem Prinzipe des §. 57 mehrere kleine Diebstähle strafen will, so ist das Strafmaaß stets so viel Male 8 Tage bis 4 Wochen, als Diebstähle vorliegen. Bei 24 Diebstählen, deren jeder 5 Sgr. an Betrage, in summa 4 Rthlr., würden 24 Wochen — 24 Monate Strafmaaß sein; bei 2 Diebstählen, deren jeder 4 Rthlr. an Betrage, 2 Wochen bis 2 Monate; ungeachtet also im letzteren Falle der entwendete Betrag das Doppelte des ersteren Falls wäre, würde hier der niedrigste Strafgrad noch bei weitem den höchsten dort übersteigen. Dieß Beispiel dürfte deutlich ergeben, daß §. 1158 eine Anwendung des §. 57 auf die Lehre vom Diebstahl nicht lediglich sein kann. Deutlicher gefaßt scheint vielmehr die Sanktion des §. 1158 die zu sein: wenn mehrere unbestrafte Diebstähle vorliegen, so ist der Betrag al-

les durch sie Entwendeten zusammenzurechnen, und nun diejenige Strafe zu nehmen, welche Statt finden würde, wenn dieß Alles durch Einen Diebstahl entwendet wäre: zu schärfen ist diese Strafe, wenn erschwerende Umstände dem einen oder anderen Diebstahle hinzutreten, um so viel als das Gesetz überhaupt um des einzelnen erschwerenden Moments Willen die Strafe des gemeinen Diebstahls erhöhet hat. Diese Grundsätze angewendet, so tritt

a) wenn sämmtliche begangene Diebstähle große sind, die Strafe des großen Diebstahls ein: das höchste Maaß derselben, 2 Jahre, kann man jedoch nicht überschreiten;

b) Dasselbe ist der Fall bei theils großen, theils kleinen Diebstählen.

c) Sind sämmtliche Diebstähle kleine, und

α) ihr Gesammtbetrag übersteigt 5 Rthlr., so tritt die Strafe des großen Diebstahls ein. In der Urtelsformel wird man indessen stets: „wegen mehrerer kleiner Diebstähle" richtiger sagen. Cf. Simon u. Strampff Rechtsspr. Bd. 4 S. 471.

β) der Gesammtbetrag bleibt unter 5 Rthlr. so tritt stets nur die Strafe des kleinen Diebstahls, 8 Tage bis 4 Wochen, ein.

d) Ist Einer, oder sind mehrere der begangenen Diebstähle schwere, der Art, daß das Objekt überhaupt in Betracht kommt, so wird ebenfalls nach dem Gesammtbetrage beurtheilt, ob die Strafe des großen oder kleinen Diebstahls eintritt. Erstere wird dann möglicher Weise gedann geschärft um die Hälfte der Dauer, wenn der Erschwerungsgrund einer der in §§. 1140 — 1147, 1151 angeführten ist, um das Doppelte im Falle des §. 1149, durch bloße Züchtigung in den Fällen des §. 1139, §. 1152, um 3 Monate bis 1 Jahr im Falle des §. 1157.

Innerhalb dieser Grenzen des richterlichen arbitrii bleibt dann übrigens stets noch §. 52 h. t. anwendbar, wonach Wiederholung gleicher Verbrechen alle Mal Schärfungsgrund der an sich verwirkten Strafe ist.

B. Zweiter gemeiner Diebstahl.

Der §. 1159 h. t. bestimmt:

„Hat Jemand, welcher wegen gemeinen Diebstahls schon

ein Mal zur Strafe verurtheilt worden, dieß Verbrechen zum zweiten Male begangen, so soll die Strafe, welche durch die noch unbestraften Diebstähle verwirkt ist, der Dauer nach verdoppelt werden."

Der §. 11 ZV. vom 26. Febr. 1799 sagt:

„Wird ein bereits der Dieberei schuldig befundener und deßhalb nach dieser Verordnung, oder sonst nach anderen gesetzlichen Vorschriften durch Urtel und Recht innerhalb oder außerhalb Landes Bestrafter eines nachher begangenen Diebstahls überführt, so wird auf scharfe Züchtigung und jederzeit zugleich auf Einsperrung in eine Besserungsanstalt, oder einsames Gefängniß, oder auf Strafarbeit erkannt."

Das Strafmaaß für den zweiten Diebstahl ist sonach, da die landrechtlichen Vorschriften über die Dauer desselben durch die ZV. nicht abgeändert sind, außer der Züchtigung in den geeigneten Fällen,

a) wenn der Diebstahl ein kleiner ist, 14 Tage bis 8 Wochen;

b) wenn der Diebstahl ein großer, oder wenn der Betrag der mehreren unbestraften kleinen 5 Rthlr. übersteigt, 8 Wochen bis 4 Jahre;

c) wenn ein schwerer Diebstahl vorliegt, je nach den Fällen entweder 3 Monate bis 6 Jahre, oder 4 Monate bis 8 Jahre.

Hinsichtlich der Frage: wann ein zweiter Diebstahl vorliegt? ist dagegen zu bemerken:

1) Der als zweiter zu bestrafende Diebstahl muß verübt sein erst nachdem bereits der Thäter Ein Mal eine Strafe wegen Diebstahls verbüßt hatte. Diese Beschränkung stellt §. 11 cit. mit klaren Worten auf; §. 1159 hatte sie nicht. Es genügt sonach weder, daß der wegen zweiten Diebstahls zu Bestrafende schon Ein Mal wegen Diebstahls verurtheilt, noch selbst, daß er bestraft ist, sofern die erste Strafe erst nach Verübung des wiederholten Verbrechens vollstreckt wurde.

2) Kontrovers ist in praxi die Frage:

Kann die Strafe des zweiten Diebstahls eintreten, wenn die erste Bestrafung nur eine außerordentliche gewesen ist?

Cf. Simon und Strampff Rechtsspr. Bd. IV. S. 472 not. 3.

Das ALR. läßt nach seiner Fassung die bejahende Antwort

sehr wohl zu, indem es als Requisit nur hinstellt, daß Jemand schon ein Mal zur Strafe verurtheilt worden, und also nichts verlangt, als daß früher bereits eine Strafe verhängt sei. Die Fassung der Z. V. erscheint auf den ersten Anblick zweifelhafter; sie gebraucht den Ausdruck: „der Dieberei schuldig befundener;" diesen könnte man für gleichbedeutend mit „vollständig überführt" nehmen, und von dieser Interpretation aus zu dem Resultate kommen, daß die erste Bestrafung ordinarie Statt gehabt haben müsse. Dieß Bedenken widerlegt sich jedoch ganz klar aus den unmittelbar folgenden Worten des Gesetzes selbst; es heißt: „wird ein schuldig Befundener eines nachher begangenen Diebstahls überführt." Den Ausdruck „überführen" kann man hier nicht für identisch mit „vollständig überführen" erachten: sonst wäre poena extraordinaria wegen zweiten Diebstahls verboten: eben so aber, wie: „überführen" nur heißt: „bis zu einer Strafe überführen," kann also auch in einem andern Sinne das: „Schuldig befunden werden" nicht gemeint sein. Wenn nun aber hienach die speziellen gesetzlichen Vorschriften dafür sprechen, auch bei nur vorausgegangener poena extraordinaria einen zweiten Diebstahl anzunehmen, so folgt aus allgemeinen Grundsätzen Ebendasselbe. Jede Bestrafung eines Verbrechers setzt voraus, daß ihm die Begehung seines Verbrechens nachgewiesen ist. Wann und durch welche Beweismittel der Nachweis für geführt zu achten, darüber hat jede Gesetzgebung spezielle Vorschriften zu ertheilen. Der Preußische Kriminalprozeß kennt nun eine zwiefache Stufe des Erwiesenseins eines Verbrechens, — Cf. Hitzig Zeitschr. Hft. 43, S. 110 — erstlich eine höhere — §. 368 Kr.O. — wenn ein voller Beweis vorliegt, der die volle gesetzliche Strafe rechtfertigt; zweitens eine niedere, — §. 391 ibid. — wenn ein so stark wenigstens geführter Beweis vorhanden ist, daß das Gesetz die Bestrafung des Verbrechers überhaupt für zulässig erachtet, jedoch nur mit einer gelindern, als der gesetzlichen Strafe. Auch für den letzteren Fall aber sind bestimmte Regeln, durch welche die Anwendbarkeit dieser s. g. poena extraordinaria bedingt wird, gegeben; auch dieser Fall ist also als wirkliche Bestrafung des Verbrechers auf Grund des ihm geführten Beweises seiner That anzusehen, nur mit der einzigen Eigenthümlichkeit einer minder strengen Beweistheorie, deren Folge eine minder strenge Strafe ist. Hält man nun aber dieß fest,

daß auch der extraordinarie Bestrafte stets prozessualisch überführt ist, so folgt von selbst, daß die Strafe auch als in concreto volle Strafe seines Verbrechens anzusehen ist, und nicht im Mindesten läßt sich aus der Natur dieser Strafe ein Moment entnehmen, wodurch man den Satz rechtfertigen könnte, daß der extraordinarie Bestrafte doch eigentlich des Verbrechens nicht schuldig befunden sei, im Wiederholungsfalle desselben also auch ihm die erste Bestrafung nicht anzurechnen. Es führt diese Ansicht lediglich auf den schon oft widerlegten Satz, daß poena extraordinaria nach Preußischem Rechte bloße Verdachtstrafe sei. Aus diesen Gründen dürfte die bejahende Beantwortung der in Rede stehenden Frage gerechtfertigt sein.

3) Aus den Worten des §. 1159 h. t. könnte man entnehmen, daß nur, wenn bereits eine Bestrafung wegen gemeinen Diebstahls Statt gehabt, die Strafe des zweiten gemeinen Diebstahls zulässig sei, nicht aber bei früherer Bestrafung wegen gewaltsamen Diebstahls. Diese Ansicht beseitigt sich jedoch jedenfalls durch die Z. V., die generell von „Dieberei" spricht, also das Requisit der Gleichartigkeit des ersten und zweiten Diebstahls durchaus nicht verlangt, sondern lediglich, daß überhaupt eine Bestrafung wegen irgend eines Diebstahls Statt gehabt, zur Anwendbarkeit der verdoppelten Strafe bei neuer Dieberei genügen läßt.

4) Zweifelhaft ist auch die Frage in praxi wohl gewesen: ob, wenn ein wegen kleinen gemeinen Diebstahls Bestrafter einen großen begeht, die Strafe des zweiten großen eintrete? Diejenigen, welche die Negative vertheidigen, stellen auf: die Strafe wegen kleinen Diebstahls sei keine kriminelle Diebstahlsstrafe, weil dergleichen Vergehen nur polizeimäßig zu untersuchen sein — §. 1124 h. t.; — allein erstlich kann die Form der Untersuchung den Karakter des Verbrechens, als einer Dieberei, nicht modifiziren, und zweitens würde nach dieser Ansicht auch eine Strafe wegen zweiten kleinen Diebstahls, nach begangenem ersten kleinen, nicht möglich sein, man würde also die Behauptung zu erweisen haben: daß der erste Diebstahl stets ein großer gewesen sein müsse, um auf den zweiten zu kommen. Dieser Beweis läßt sich aber aus dem Gesetze durchaus nicht führen.

5) Dagegen muß man allerdings in folgenden Fällen die Strafe des zweiten Diebstahls ausschließen:

a) wenn die erste Bestrafung während der Unmündigkeit des Inkulpaten ex §. 17 h. t. Statt gehabt.

Denn hier liegt eine reine Züchtigung zur Verhütung fernerer Vergehen, nicht aber eine kriminelle Strafe vor.

b) wenn der erste Diebstahl aus Lüsternheit oder Bedürfniß verübt worden.

Einen solchen kann man als eigentlichen, aus gewinnsüchtiger Absicht begangenen Diebstahl nicht ansehen, er entspringt lediglich aus vorherrschendem Triebe unmittelbarer Befriedigung sinnlicher Lüste. Ihn scheiden auch §§. 1122 — 23 schon von der §. 1124 beginnenden Reihe der eigentlichen Diebstahlsstrafen aus.

c) Als eine vorausgegangene Diebstahlsstrafe kann man nicht ansehen eine Stattgefundene Bestrafung wegen Theilnahme an den Vortheilen oder wegen Diebeshehlerei, da bei beiden Vergehen ein erst nach verübtem Diebstahle erlangte Wissenschaft vom Diebstahle selbst nicht nur möglich, sondern sogar die Regel sein wird, hingegen eine Mitwirkung bei dem Akte der Entwendung nothwendig erscheint, um eine Diebstahlsstrafe zu begründen. Eben deßhalb wird, wenn Jemand bereits wegen Theilnahme an einem Diebstahle gestraft ist, dann allerdings gegen ihn wegen zweiten Diebstahls erkannt werden können. Denn durch Theilnahme am Verbrechen wird eine Strafe wegen des Verbrechens selbst verwirkt, in casu also eine Diebstahlsstrafe.

C) Dritter gemeiner Diebstahl.

Zuvörderst wiederholen sich auch hier rücksichtlich der Frage: wann ein dritter Diebstahl vorliege? dieselben Kontroversen, wie beim zweiten. Nach den dortigen Ausführungen wird zwar als Requisit aufzustellen sein: daß der als dritter zu bestrafende Diebstahl begangen sei nach bereits zwei maliger Erleidung von Diebstahlsstrafen: gleichgültig ist dagegen sowohl, ob diese früheren Strafen ordinarie oder extraordinarie erkannt waren, als auch, ob sie wegen großen oder kleinen, oder wegen gewaltsamen oder gemeinen verhängt waren.

Zweifelhaft ist aber ferner in praxi: ob, wenn der Verbrecher zwar zwei Mal nacheinander wegen Diebstahls bestraft, beim zweiten Male aber aus irgend einem Grunde nicht mit der Strafe des zweiten, sondern beide Male mit der Strafe des ersten Diebstahls belegt ist, dann beim dritten Male die Strafe des dritten Diebstahls eintreten könne? Nach der Besserungstheorie, welche durch stufenweise härtere Bestrafung auf den Verbrecher einzuwirken sucht, wird man allerdings die Frage verneinen müssen, — für die bejahende Beantwortung spricht indessen Folgendes. Erstlich, weder die Worte des §. 12 der Z. V.

„Hat ein bereits zwei- oder mehrmals wegen eines gemeinen Diebstahls Bestrafter dieses Verbrechen wiederholt,"

noch die des §. 1160 h. t.:

„Macht er sich dieses Verbrechens nach zweimaliger Verurtheilung zum Dritten Male schuldig," — —

erfordern mehr, als daß zwei Mal Jemand bestraft ist, und deuten durchaus nicht an, daß durch die Strafe des zweiten der dritte Diebstahl bedingt sein solle; ferner kann doch der Dieb dadurch, daß er schon das zweite Mal, vielleicht durch irgend ein Versehen, häufig in Folge seiner eigenen lügenhaften Angabe: er sei noch nicht in Untersuchung gewesen, zu gelinde bestraft ist, unmöglich das Recht erwerben, auch nun ferner noch gelinder bestraft zu werden; endlich ist die ratio legis die: dem verderblichen Hange zum Stehlen durch die härtere Bestrafung entgegenzuwirken, und insofern dieser durch das zwei Mal gestohlen haben beurkundet wird, muß dieß auch zur Anwendbarkeit der Strafe des dritten Diebstahls genügen.

Das Strafmaaß für den dritten Diebstahl ist nun nach §. 12 d. Z. V., dem Reskr. v. 18. Juli 1804 — Min. Reskr. S. 129 — und §. 1160 h. t.

1) vorzüglich geschärfte körperliche Züchtigung, in den geeigneten Fällen,
2) die Freiheitsstrafe des zweiten Diebstahls,
3) Detention nach Verbüßung derselben in der Strafanstalt, so lange bis die Vorgesetzten sich überzeugt haben, daß der Verbrecher durch die erlittene Strafe wirklich gebessert worden, und daß er im Stande sei, sich auf redliche Art zu ernähren, daß also der öffentlichen Sicherheit durch dessen Freilassung nicht geschadet werde.

Hinsichtlich dieser Straffanktionen sind die beiden Fragen in praxi kontrovers:

a) ob der dritte kleine gemeine Diebstahl mit Detention bis zur Besserung zu bestrafen?

b) ob bei außerordentlicher Bestrafung wegen dritten Diebstahls auch auf Detention erkannt werden dürfe?

In Beziehung auf die erstere Frage ist öfter angenommen, die Strafe des §. 12 cit. greife nur Platz, wenn nach Bestrafung eines ersten und zweiten großen Diebstahls der dritte große begangen werde. Unterstützen will man diese Ansicht theils durch den — oben schon erwähnten und widerlegten — Grund, daß die Strafen wegen kleinen Diebstahls keine Kriminalstrafen seien; ferner aber durch ein in v. Strombecks Ergänzungen zum Krim. Recht ad §. 12 d. Z. V. abgedrucktes Reskr. v. 9. Novbr. 1805, welches angeblich an den Kriminalsenat der Regierung zu Posen ergangen sein soll, wovon sich indessen sonst nirgends eine Spur findet. Man kann die Authentizität dieses Reskripts jedenfalls auf sich beruhen lassen; denn zur Beseitigung desselben genügt es, daß das Gesetz die darin aufgestellte Ansicht nicht im Mindesten unterstützt. Weder §. 1160 d. ALRs. h. t., noch §. 12 d. Z. V. führen auch nur in der entferntesten Andeutung darauf, daß sie nur auf große Diebstähle zu beziehen seien: für den dritten kleinen Diebstahl würde sonst eine direkte Lücke im Strafgesetze sein, und diese würde man am allerwenigsten durch die ganz positive und willkührliche Vorschrift des Reskripts ausfüllen dürfen, um des Betrags des Diebstahls willen bloß die Detention bis zur Besserung wegzulassen. Cf. übrigens auch (Siewert) Materialien u. s. w. H. 4. S. 135.

Zweifelhafter ist die Entscheidung der zweiten Frage: ob Detention bei außerordentlicher Bestrafung zuläßig sei? Die Gründe dagegen setzt das Reskr. v. 20. Juni 1823 — J. Jb. Bd. 22, S. 102 — dahin auseinander: die Detention müsse, wenn auch dabei zum Theil polizeiliche Zwecke zum Grunde lägen, doch nach der VO. v. 26. Febr. 1799 als wahre Strafe angesehen werden: eine solche Strafe sei also für alle damit bedrohten Verbrechen die ordentliche Strafe, welche einen vollständigen Beweis der Thäterschaft des Angeschuldigten voraussetze; in Ermangelung dieses Beweises werde auf die angedroheten Strafen also auch nicht erkannt werden können. Der entgegengesetzten Ansicht sind

— cf. Simon und Strampff Rechtsspr. Bd. IV. S. 473 not. 4 — seit längerer Zeit die beiden Senate des Kammergerichts gewesen, und zwar weil die Detention, auch bis zur Besserung, eine reine Polizeimaaßregel sei. Man kann indessen zur Entscheidung der Streitfrage wohl sogar diesen letzteren, wenn auch an sich richtigen, Grund bei Seite lassen, und der Ausführung: Detention sei Strafe, beitreten: dessen ungeachtet folgt hieraus nichts. Denn im §. 408 der Kr. O., wo sich die Bestimmung darüber findet: welche Strafarten als poenae extraordinariae verhängt werden dürfen, ist nur ausgesprochen, daß Geldbuße und zeitige Strafarbeit zulässig seien, nicht dagegen, Todes-, lebenswierige Freiheitsstrafe, körperliche Züchtigung, Ehrenstrafen. Die Detention aber ist nun jedenfalls als zeitige Freiheitsstrafe, da sie ohne eigene Schuld des Verbrechers nicht über zwei Jahre dauern kann, anzusehen, und um deßhalb ist sie auch als poena extraordinaria zulässig. Man könnte noch anführen hiegegen: die außerordentliche Strafe müsse nach §. 391 Kr. O. stets eine gelindere als die gesetzliche sein, Detention, als solche, sei aber in sich abgeschlossen, und lasse sich nicht strenger oder gelinder erkennen, sei also deßhalb nicht geeignet zur poena extraordinaria. Dieß wiederlegt sich aber dadurch, daß nie allein auf Detention erkannt werden kann, sondern stets zugleich auf sonstige Freiheitsstrafe, und insofern diese extraordinarie gelinder sein kann und muß, bleibt auch, wenn ihr Detention hinzutritt, die ganze erkannte Strafe eine gelindere, es wird also durch das Hinzutreten der Detention das Prinzip des §. 391 cit. nicht verletzt.

D. Vierter gemeiner Diebstahl.

Der §. 1161 h. t. bestimmte:

„Fällt er nach seiner Entlassung — Verbüßung der Strafe des dritten Diebstahls — dennoch in sein voriges Laster wieder zurück, so hat er lebenswierige Zuchthausstrafe verwirkt."

Die ZV. v. 26. Febr. 1799 strich die unbedingte lebenswierige Freiheitsberaubung überhaupt aus der Reihe der Diebstahlsstrafen, und verordnete §. 13:

„Ist ein bis zu seiner Besserung Verurtheilter entwichen, so wird derselbe deßhalb eben so bestraft, als wenn er sich eines gewaltsamen Diebstahls schuldig gemacht hätte. Gleiche Bestrafung erhält der in Hoffnung seiner bewirkten Besse-

rung Entlassene, wenn er, deßhalb erhaltener Warnung ungeachtet, in der Folge einer nachher begangenen Dieberei überführt wird."

Zur Anwendung dieser vorgeschriebenen Strafe ist also erforderlich, nicht nur, daß Jemand drei Male wegen Diebstahls gestraft ist, sondern daß er die Strafe des dritten Diebstahls, Detention namentlich bis zur Besserung, wirklich erlitten, sowie nicht minder, daß er bei seiner Entlassung ausdrücklich verwarnt ist, daß künftig jeder von ihm begangene Diebstahl als gewaltsamer bestraft werden werde. Kann aus Einem dieser Gründe die Strafe des vierten Diebstahls nicht Platz finden, so ist, wie dieß auch schon die Worte des §. 12 d. ZV:

„Hat ein bereits zwei oder mehrmals Bestrafter das Verbrechen wiederholt" — —

ergeben, stets auf die Strafe des dritten Diebstahls zu erkennen, und man wird nur aus der Wiederholung des Verbrechens einen Schärfungsgrund entnehmen dürfen. Tritt dagegen die Strafe des vierten Diebstahls als anwendbar ein, so fällt der Unterschied zwischen kleinem und großem Diebstahl nun weg.

Die Bestimmung der ZV. nun: der vierte Diebstahl solle wie ein gewaltsamer bestraft werden, hat in praxi eine doppelte Auslegung gefunden, indem man theils angenommen hat, es sei darin die Strafe des zweiten, theils, es sei die des ersten gewaltsamen Diebstahls sanktionirt. Die erstere Ansicht — cf. Hitzig, Bd. V. S. 382, Bd. XII. S. 191 — wird hauptsächlich auf folgende Argumentation gestützt. Die Strafe des ersten gewaltsamen Diebstahls würde ein Rückschritt in der Strafklimax sein, indem das Strafmaaß dafür gelinder als das des dritten gemeinen Diebstahls ist: da nun legislativ sich von selbst versteht, daß die Wiederholung nicht geringer bestraft werden kann, als der frühere Fall, so würde die Interpretation: daß das Gesetz die Strafe des ersten gewaltsamen Diebstahls meine, widersinnig sein. Diese Argumentation ist offenbar ganz richtig, sobald die Basis, auf der sie beruhet, daß nämlich die Strafe des ersten gewaltsamen Diebstahls von 1 bis 3 Jahren gehe, haltbar ist, indem allerdings die Strafe des dritten Diebstahls 4, 6, sogar 8 Jahre sein kann. Nimmt man dagegen — und dieß soll unten zu begründen versucht werden, — an, die Strafe des ersten gewaltsamen Diebstahls gehe von 1 — 10 Jahr, so fällt jene

ganze Deduktion zusammen: denn dann ist stets die Strafe des ersten gewaltsamen Diebstahls härter, als die des dritten gemeinen. Ein anderer als dieser sich beseitigende Grund läßt sich nun aber durchaus nicht für die Anwendung der Strafe des zweiten gewaltsamen Diebstahls finden, vielmehr sprechen die Worte des §. 13 insofern dagegen, als man unter gewaltsamen Diebstahl, ohne nähere Bezeichnung, nach natürlicher Interpretation nur den ersten verstehen kann, und sonach dürfte als Strafmaaß für den vierten Diebstahl 1 -- 10 Jahre nebst Züchtigung anzunehmen sein.

E. Fünfter gemeiner Diebstahl.

Für diesen kann sich im ALR. keine Straffanktion finden, da schon der vierte Diebstahl lebenswierige Freiheitsstrafe zur Folge hat. Auch die Z. V. aber enthält keine ausdrückliche Vorschrift. Man wird zunächst auch hier zu unterscheiden haben, ob der Verbrecher bereits bis zur Besserung detinirt gewesen ist. War er dieß noch nicht, so tritt stets nur die Strafe des §. 12 d. Z. V. ein. Hat er dagegen diese und die des §. 13 bereits erlitten, dann kann die Frage entstehen: ob, da der vierte Diebstahl wie der erste gewaltsame bestraft werden soll, nicht der fünfte mit der Strafe des zweiten gewaltsamen zu belegen? Diese Frage wird man jedoch ex §. 18 d. Z. V. verneinen müssen. Denn hienach greift die Strafe des zweiten gewaltsamen Diebstahls nur dann Platz, wenn der Verbrecher bereits Ein Mal wegen gewaltsamen Diebstahls bestraft ist. Daß dieß geschehen, kann man aber nicht sagen, wenn bloß wegen vierten gemeinen Diebstahls die Strafe des gewaltsamen Diebstahls vollstreckt ist; denn das Verbrechen des gewaltsamen Diebstahls ist nicht begangen, und dieß erfordert §. 18: sondern ein anderes Verbrechen ist nur eben so bestraft, als wenn sich der Thäter eines gewaltsamen Diebstahls schuldig gemacht hätte. Sonach kann auch für den fünften gemeinen Diebstahl nur die Strafe des ersten gewaltsamen Diebstahls eintreten: eben so beim sechsten und den folgenden, so daß sich also zehnjährige Freiheitsberaubung als die höchstmögliche wegen gemeinen Diebstahls herausstellt.

§. 9.

Gewaltsamer Diebstahl.

A) Ohne erschwerende Umstände.

Von den im gemeinen Kriminalrechte aufgestellten drei Fällen des furtum periculosum scheidet für das Preußische Recht der Fall des bewaffneten Diebstahls aus, da das Führen von Waffen nur als erschwerender Umstand angesehen wird. Dagegen bilden die beiden übrigen Fälle: Diebstahl 1) durch Einbruch, 2) durch Einsteigen, auch im Preußischen Rechte unter der gemeinschaftlichen Benennung: „gewaltsamer Diebstahl" die Hauptfälle des qualifizirten Diebstahls, und ihnen sind noch einige andere gleichgestellt.

Die Fälle des gewaltsamen Diebstahls sind folgende:

1) Einbruch. Dieses Ausdrucks bedient sich §. 15 d. Z. V.; Erbrechen sagt §. 1163 h. t.

Das gemeine Recht — Quist. §. 349, Fbch. §. 335 — beschränkt auf Grund des art. 159 CCC. den Begriff des Einbruchs auf Gebäude. Hievon weicht das Pr. R. ab. Das gewaltsame Oeffnen jedes von seinem Besitzer durch genügende Mittel unzugänglich gemachten Behältnisses ist vielmehr als Erbrechen anzusehen. Dieß folgt aus §. 1165 h. t., und wird auch ausdrücklich in den Worten des §. 15 d. Z. V.: „wer verschlossene Thüren, Kasten oder andere Behältnisse durch Werkzeuge öffnet," gesagt. Erforderlich ist jedoch, daß das Behältniß wirklich gehörig verschlossen gewesen, und sein Oeffnen also nur durch Gewalt zu bewerkstelligen gewesen. Man wird Fälle der Art: wenn die Krampe einer alten Thür mit ganz mäßiger Kraftanwendung sich hat herausziehen lassen, wenn ein Schloß eines alten Behältnisses so desolat gewesen, daß ebenfalls ohne große Mühe der Deckel aufgemacht worden, nicht als gewaltsames Erbrechen betrachten können. Das Einschlagen von Fenstern dagegen ist unzweifelhaft als solches anzusehen, da, wenn es auch keine große Kraftanstrengung nöthig macht, doch eine Verletzung des allgemeinen Sicherungsmittels menschlicher Wohnungen darin liegt — cf. Suarez Unterr. v. d. Ges. §. 18 I, 7 —. Daß zum Einbruch Instrumente gebraucht sind, erforderten die Lehrer des gemeinen Rechts — Böhmer Medit. ad art. 159 §. 3 —;

das Preußische Recht hat dieses Requisit nicht als essentiell aufgestellt, indessen wird allerdings der Regel nach beim Erbrechen von Behältnissen nur dann eine wirkliche Gewalt verübt sein, wenn Instrumente dazu angewendet sind: ohne daß man freilich im Prinzipe die Möglichkeit anderer Fälle ausschließen kann.

2) Einsteigen. In der gemeinrechtlichen Praxis war die Frage kontrovers: ob jedes Einsteigen in eine Behausung zum Thatbestande eines gewaltsamen Diebstahls genüge? — Böhmer l. l. ad art. 159 §. 3, Fbch. § 336 — oder ob ein mittelst besonderer Hülfsmittel nur bewerkstelligtes nothwendig sei — Quist. §. 350, Klein §. 444 —. Diesen Zweifel hat das ALR. beseitigt, indem es ausdrücklich: „gefährliches Einsteigen" erfordert, und §. 1164 die Requisite dahin angibt, es werde ein solches darunter verstanden:

„welches durch Leitern, oder andere dergleichen Hülfsmittel, durch mühsame oder schwer abzuwendende Anstalten oder durch besonders verwegene Unternehmungen bewerkstelligt worden."

Hienach ist klar, daß unbedingt jedes Einsteigen unter die Kategorie des §. 1164 fällt, bei dem Leitern oder ähnliche Werkzeuge nicht nur wirklich gebraucht, sondern auch nöthig gewesen sind. Bezweifelt ist dagegen bisweilen in praxi, ob, wenn zwar Leitern gebraucht sind, aber auch ohne solche das Einsteigen zu bewerkstelligen gewesen sein würde, dann ein gewaltsamer Diebstahl anzunehmen? Nicht nur nach den Worten des Gesetzes muß man jedoch diese Frage bejahen, sondern auch nach der ratio legis, indem eben in dem geschehenen Gebrauche solcher Hülfsmittel, die doch entweder dem Diebe individuell nöthig waren, oder die er wenigstens für nöthig hielt, die härter zu ahndende Gefährlichkeit des Verbrechens liegt — Cf. Böhm. l. l. ad art. 159 §. 5 —. Außer dem Falle der Anwendung von Leitern oder ähnlichen Hülfsmitteln, soll Gefährlichkeit des Einsteigens noch angenommen werden, wenn es durch schwer abzuwendende Anstalten, oder besonders verwegene Unternehmungen geschieht. Diese Ausdrücke lassen allerdings in ihrer Anwendung auf konkrete Fälle dem arbitrio einen ziemlich weiten Spielraum. Das Prinzip ist indessen klar ausgesprochen: einzelne Fälle werden freilich häufig Sache der Ansicht bleiben.

In Betreff der beiden Fälle des Einbruchs und Einsteigens

in Behausungen ist zur Anwendbarkeit der Strafe des gewaltsamen Diebstahls noch erforderlich, daß diese Behausungen von Menschen bewohnt sind. Fehlt dieses Requisit, so findet §. 1169 h. t. Anwendung:

„Gewaltsamer Diebstahl in unbewohnten Gebäuden, Behältnissen, Gärten, Scheunen oder Fischhältern wird als gemeiner Diebstahl unter erschwerenden Umständen bestraft.“

Diese Bestimmung sollte ebenfalls eine gemeinrechtliche Kontroverse entscheiden — **Böhmer l. l. ad art.** 159 §. 4 —; sie läßt jedoch mehrfachen Zweifeln Raum.

a) Hinsichtlich der Gärten und ähnlicher Räume, z. B. Holzstrecken, kann die Frage entstehen, ob solche dann als bewohnt anzusehen, wenn eine Wächterwohnung, oder ein Gartenhaus, welches bewohnt wird, sich darin befindet. Dafür spricht allerdings, daß die ratio legis der milderen Bestrafung der Fälle des §. 1169 die ist, daß der Dieb nicht vermuthen kann, in unbewohnten Räumen Menschen anzutreffen, diese ratio aber vorliegend im Wesentlichen wegfällt. Insofern jedoch der Garten selbst eigentlich als menschliche Wohnung nicht betrachtet werden kann, Einbruch oder Einsteigen in denselben also auch noch keine Verletzung der Befriedigung einer menschlichen Wohnung ist, nur eine solche Verletzung aber zur Ausschließung des §. 1169 erforderlich erscheint, wird man auch auf den hier erwähnten Fall den §. 1169 Anwendung finden lassen können.

b) Wann ein wirkliches Gebäude für bewohnt zu achten, darüber kann ebenfalls oft ein Zweifel sein. Als Prinzip wird man indessen aufstellen müssen, daß es lediglich darauf ankommt, daß in irgend einem Theile des Gebäudes, in welches eingedrungen ist, ein Raum sich befindet, der zur Zeit des Diebstahls zur Wohnung für Menschen benutzt wird. Als Ein Gebäude wird ferner stets der ganze Raum anzusehen sein, der sich unter Einem Dache befindet; ob in demselben man durch Einen Eingang in alle Theile gelangen kann, oder nicht, ob ferner vielleicht ein ganzer für sich bestehender Theil des Gebäudes unbewohnt ist, darauf wird nichts ankommen. Ob im Augenblicke des Einbruchs Menschen im Gebäude gewesen sind, liegt ebenfalls zur Seite,

wenn nur Jemand darin wohnt; namentlich ist also Einbruch in einen Stall, in dem Knechte schlafen, auch wenn er bei Tage geschieht, ein gewaltsamer Diebstahl.

c) Hinsichtlich des Strafmaaßes allegirt §. 1169 die §§. 1137 sqq. und hieraus könnte man, da §. 1137 von den kleinen Hausdiebstählen handelt, entnehmen wollen, daß auch hier der Unterschied zwischen kleinem und großem Diebstahle in Betracht komme. Allein diese Ansicht würde nicht richtig sein. Denn Ein Mal verweis't das Allegat nicht bloß auf den Hausdiebstahl, sondern auf die ganze Materie vom Diebstahl unter erschwerenden Umständen, und bei vielen, namentlich gerade den ähnlichsten Fällen des schweren Diebstahls, liegt jener Unterschied auch schon zur Seite: er kommt aber nie in Betracht bei den gewaltsamen Diebstählen, und insofern dem Begriffe nach auch die Fälle des §. 1169 unzweifelhaft unter diese Kategorie gehören, nur die Strafe milder sein soll, so muß man also auch hier ohne Rücksicht auf den Betrag des furti 6 Wochen bis 3 Jahre als Strafmaaß ansehen. Hiefür ist auch wohl ziemlich allgemein die Praxis gewesen.

3) Dem wirklich gewaltsamen Erbrechen eines Behältnisses wird nach §. 1165 h. t. und §. 15 d. Z. V. gleichgeachtet das Oeffnen durch Nachschlüssel, Dietriche, oder andere Werkzeuge. Hier kommt es auf gebrauchte Gewalt gar nicht an; ratio legis ist, daß der rohen Kraft gleich stehen soll die dasselbe Ziel erreichende Schlauheit, da gegen beide der Schutz gleich schwer. Die ältere gemeinrechtliche Praxis sah diese Fälle als gewaltsamen Diebstahl noch nicht an — Carpz. Pr. R. C. II. 79, 40. Die Requisite der Anwendbarkeit des §. 1165 sind:

a) Das Behältniß muß wirklich gehörig verschlossen gewesen sein. Wie vorher schon erwähnt, können Fälle der Art, wo der schlechte Zustand der Verschlußmittel eines Behältnisses den Dieb fast aller Mühe bei der Oeffnung überhebt, wo höchstens es eines Nagels bedarf, um es sofort zu öffnen, gar nicht hieher gezählt werden, da hier der Begriff eines verschlossenen Behältnisses schon aufhört.

b) Das Oeffnen muß Statt gefunden haben, um den Diebstahl zu begehen. In dieser Beziehung kommt die in praxi wohl bestrittene Frage zur Sprache: ob ein gewaltsamer Diebstahl

in dem Falle vorliege, wenn ein ganzes verschlossenes Behältniß durch einen an sich gemeinen Diebstahl entwendet ist, nachher aber, um zu dem Inhalte, dessen Erlangung Zweck des Diebes war, zu gelangen, eine gewaltsame oder künstliche Eröffnung Statt gefunden hat? Auf den ersten Blick ergibt sich, daß man bei Verneinung dieser Frage zu dem auffallenden Resultate gelangt, daß ein Dieb, der in einem offenen Zimmer ein verschlossenes Reiseneceſſaire mit einem Nachschlüssel öffnet, und den Inhalt entwendet, als gewaltsamer Dieb zu bestrafen ist, derjenige dagegen, der das ganze Necessaire mitnimmt, und es zu Hause öffnet, ungeachtet er mehr thut, als der Erstere, nur als gemeiner Dieb bestraft werden kann. Dessenungeachtet kann man nach den bestehenden gesetzlichen Vorschriften von dem Prinzipe nicht abgehen, daß der gewaltsame Diebstahl durch Gewalt, oder was der gleich steht, verübt, daß Gebrauch der Gewalt also das Mittel der Apprehension sein muß: eine Gewalt nach erfolgter Apprehension, nach Vollendung des ohne solche verübten Diebstahls, kann diesen als gewaltsamen nicht mehr karakterisiren. Nur ein gemeiner Diebstahl ist also anzunehmen, nicht bloß, wenn der Thäter eigentlich das Behältniß zunächst entwenden wollte, und der Inhalt ihm gleichgültig war, sondern auch, wenn er das Behältniß nur des Inhalts willen nahm, und letzteren nach der Apprehension des ersteren durch Gewalt oder künstliche Mittel erlangte. In Einem Falle wird man jedoch sich für das Vorhandensein eines gewaltsamen Diebstahls erklären müssen, — dann nämlich, wenn der Dieb den Inhalt des Behältnisses, als er es nahm, entweder gar nicht oder nur unvollständig kannte, und erst durch das gewaltsame Oeffnen selbst erfuhr, was für Sachen er entwendet. Denn auch zivilrechtlich kann man nicht eher von erlangtem Besitze einer Sache sprechen, bis man das Bewußtsein hat, was man besitze: insofern also der Dieb dieß Bewußtsein erst durch gewaltsames oder qualifizirt künstliches Oeffnen des entwendeten Behältnisses erlangt, ist dieses Oeffnen noch Mittel zur Erlangung des bis dahin nicht vollständig vorhandenen Besitzes, es wird also erst durch das Oeffnen der Diebstahl vollendet, und da die Gewalt mithin vor Vollen-

dung des Diebstahls angewendet wird, so wird durch sie der Diebstahl ein gewaltsamer. In einem solchen Falle wird also ein Dieb, der vor der Eröffnung ergriffen wird, wegen Konats eines gewaltsamen Diebstahls zu strafen sein. Cf. Hitzig, Bd. XVIII. S. 375.

c) das Oeffnen muß geschehen sein durch Nachschlüssel, Dietriche, oder andere Werkzeuge. Essentiell ist hienach bei ermangelnder wirklicher Gewalt nur der Gebrauch irgend eines Werkzeuges. Ausgeschlossen wird jedoch noch durch den gebrauchten Ausdruck: Nachschlüssel, der Fall, wenn ein Behältniß mittelst des dazu gehörigen Schlüssels, in dessen Besitz sich der Dieb irgendwie — nur, versteht sich, ohne Gewalt — gesetzt, eröffnet worden. Denn der Schlüssel ist hier zwar auch ein Werkzeug, §. 1165 spricht jedoch offenbar nur von solchen Werkzeugen, die zum Oeffnen von Schlössern überhaupt dienen, nicht von dem zu einem speziellen Schlosse gehörigen Schlüssel. Als Nachschlüssel ist dagegen anzusehen jeder nicht speziell zu dem eröffneten Behältnisse bestimmte Schlüssel, gleichgültig, ob er ursprünglich schon dazu dienen sollte, alle Schlösser zu öffnen, oder ob er eigentlich nur zu einem speziellen anderweiten Schlosse bestimmt war. Diese Ansicht wird auch ausdrücklich im Reskr. vom 12. Sept. 1801 — Stengel Beitr. Bd. 14. S. 208 — ausgesprochen, und nach derselben wird der in praxi öfter vorkommende Fall, wenn ein Hausgenosse zufällig ermittelte, daß zu einem Behältnisse nicht bloß der dazu bestimmte Schlüssel, sondern auch ein anderer der in der Hauswirthschaft vorhandenen schloß, und sich dessen zu einer Oeffnung jenes Behältnisses bediente, als ein gewaltsamer Diebstahl anzusehen sein. Ohne Grundlage in den Bestimmungen der Gesetze ist die Beschränkung dieser Ansicht, welche im Reskr. v. 22. Januar 1798 — Stengel l. l. Bd. 6. S. 145 — ausgesprochen ist: daß dann nur ein gemeiner Diebstahl vorliege, wenn der Thäter zur Oeffnung eines Behältnisses einen anderen dazu passenden Schlüssel gebraucht, der ihm zu einem andern Behufe vom Bestohlenen anvertraut gewesen. Wenn man, und hierauf führt der Sprachgebrauch, als Nachschlüssel jeden nicht zu einem Behältnisse speziell bestimmten Schlüssel ansieht, so ist durch den Gebrauch dieses

Schlüssels die Strafe des §. 1165 verwirkt, und der Umstand, wie der Dieb in den Besitz des Schlüssels gekommen, liegt dann als unerheblich zur Seite. Will man übrigens dem Reskripte in judicando folgen, so muß man dann wenigstens ein spezielles Anvertrauen des gebrauchten Schlüssels erfordern, und es genügt nicht, daß der Dieb, etwa als Hausgenosse, bloß im Allgemeinen Zutritt zu den Schlüsseln im Hause hatte.

4) Nach §. 15 d. Z. V. wird ferner ein gewaltsamer Diebstahl begangen:

„wenn von Post- oder Reisewagen, oder anderen Fuhrwerken, Koffer oder Gepäcke von beträchtlichem Werthe losgeschnitten, oder sonst gewaltsam entwendet worden."

Der §. 1178 h. t. ALRs. bestimmte:

„Wer den Reisenden auf öffentlicher Straße oder in Gasthöfen Kasten, Kisten, Felleisen oder andere Behältnisse erbricht oder abschneidet, hat die gewöhnliche Strafe des gewaltsamen Diebstahls verwirkt."

§. 1179:

„Wer aber öffentliche Posten auf dergleichen Art bestiehlt, gegen den soll die gewöhnliche Strafe des gewaltsamen Diebstahls auf die Hälfte der Dauer verlängert werden."

In wie weit zuvörderst diese letztere Unterscheidung zwischen Posten und anderen Fuhrwerken noch nach der Z. V. auf das Strafmaaß von Einfluß sei, darauf wird unten bei dem gewaltsamen Diebstahl unter erschwerenden Umständen überhaupt zurückzukommen sein. Der §. 1178 ist ebenfalls in seinen Bestimmungen durch §. 15 d. Z. V. mehrfach modifizirt. Er setzte zu seiner Anwendbarkeit voraus:

a) Reisende, als Damnifikaten,

b) die öffentliche Landstraße oder Gasthöfe, als Ort des Diebstahls,

c) Kasten, Kisten, Felleisen u. s. w., als entwendete Gegenstände,

d) Erbrechen oder Abschneiden, als Art der Verübung des Diebstahls.

Das Requisit ad 1 wiederholt die Z. V. nicht, indessen läßt sich aus den Worten: „Koffer und Gepäcke," worunter man nach dem Sprachgebrauche nur solche Gegenstände bezeichnet, die

ein Reisender mit sich führt, entnehmen, daß die Vorschrift des ALRs. nicht abgeändert sei. Wenn sonach von einem Wagen, der in der Stadt z. B. Waaren von einer Niederlage zur andern bringt, etwas entwendet ist, so wird dieser Fall nicht hieher gehören: dagegen wenn der Frachtwagen eines Frachtfuhrmanns bestohlen ist, so wird man ihn allerdings als Reisenden, und was er fährt, als sein Gepäck ansehen können. Landleute, die in die nächste Stadt etwa zum Markte fahren, wird man als Reisende in der Regel auch betrachten müssen; nur eine gar zu geringe Entfernung würde den Begriff des Reisens aufheben.

Des zweiten Requisits des ALRs., des Orts des Diebstahls, gedenkt die Z. V. gar nicht. Die Fälle, daß die Entwendung auf öffentlicher Straße oder in Gasthöfen Statt findet, werden allerdings die häufigsten sein; indessen kann z. B. auch auf dem Hofe eines Privathauses ein einem, dort augenblicklich eingekehrten, durchreisenden Fremden gehörender Reisewagen bestohlen werden. Da die ZV. die Beschränkung des ALRs. hinsichtlich des Ortes der Entwendung nicht wiederholt, so wird man allerdings dieselbe nicht mehr für praktisch erachten können.

Hinsichtlich des dritten, auf das Objekt des Diebstahls bezüglichen Erfordernisses, stimmt die Z. V. darin mit dem ALR. überein, daß entwendet sein muß Gepäck Reisender: sei es in Behältnissen aufbewahrt, oder nicht. Neu ist dagegen die Vorschrift der Z. V., daß die entwendeten Sachen von beträchtlichem Werthe sein müssen. Dieser unbestimmte Ausdruck läßt sich, wenn man einen festen Maaßstab überhaupt annehmen will — und dieß muß man wohl, da sonst das richterliche arbitrium ganz willkührlich und ohne irgend eine basis sein würde — nur so verstehen, daß die entwendeten Gegenstände, um die Strafe des gewaltsamen Diebstahls eintreten zu lassen, über fünf Thaler werth sein müssen: denn diese Summe ist überall die einzige, die bei dem Verbrechen des Diebstahls als einflußreich hervortritt; zu jeder anderen hat man gar keinen bestimmten Anhalt. Ist also der Diebstahl von Gepäck eines Reisenden ein kleiner, so wird er nur als gemeiner bestraft; das Vorhandensein der Requisite des §. 14 Z. V. bedingt auch dann die Strafe des zweiten gemeinen Diebstahls: sonst wird nur die Strafe des §. 1124 h. t. Anwendung finden. Entwendet muß ferner sein, nach den Worten der Z. V., „von Post-, Reisewagen oder an-

deren Fuhrwerken;" zweifelhaft könnte bei dieser Fassung des Gesetzes der Fall erscheinen, wenn einem Reisenden zu Pferde, der auf demselben sein Felleisen befestigt hat, dieß losgeschnitten wird. Auch hier wird ein gewaltsamer Diebstahl aber anzunehmen sein. Nach dem ALR., das nicht bloß von Wagen spricht, wäre es ganz unbedenklich, aber auch nach der ZB. ist man beim §. 15 durchaus nicht auf den strengen Wortsinn beschränkt: denn §. 16 sagt: „Wer eines auf diese oder ähnliche Art — verübten Diebstahls überführt wird;" eine solche ähnliche Art liegt in dem angeführten Falle offenbar vor.

Das vierte Requisit endlich ist, daß ein Losschneiden oder sonstiges gewaltsames Entwenden Statt gehabt. Durch die ganz generelle Fassung des Gesetzes hat nur der Fall wohl ausgeschlossen werden sollen, daß das entwendete Gepäck lose und unbefestigt gelegen. Wenn es dagegen irgendwie befestigt gewesen, und nur durch eine Kraftanwendung und Lösung der Befestigungsmittel in die Hände des Diebes hat kommen können, so wird ein gewaltsamer Diebstahl anzunehmen sein, z. B. also auch wenn die befestigenden Stricke aufgebunden sind.

5) Endlich stellt als Fall des gewaltsamen Diebstahls §. 15 d. Z. B. auf:

„wenn durch Androhung von Gewaltthätigkeiten der Verbrecher den Eigenthümer oder Wächter von Verhinderung des Diebstahls abgehalten, oder, um diesen zu verüben, an einen Menschen Hand angelegt, ohne jedoch demselben irgend einigen Schmerz zuzufügen."

Das ALR., dem gemeinen Rechte — Quist. §. 399 not. c. — sich anschließend, bestimmte:

§. 1188: „Auch schon derjenige, welcher einen Diebstahl ohne wirkliche Gewalt an Menschen, jedoch unter Androhung gefährlicher Behandlung ausübt, hat als Räuber 8 — 10jährige Festungsstrafe verwirkt."

Hiervon wich das neuere Gesetz ab, indem es als Grenze zwischen Raub und Diebstahl das Kriterium der wirklichen schmerzzufügenden Gewalt hinstellt. Zu bemerken ist hinsichtlich des §. 15 cit.:

a) Androhung von Gewaltthätigkeiten muß stets Statt gefunden haben gegen den Eigenthümer oder Wächter, wenn ein gewaltsamer Diebstahl vorliegen soll. Drohungen gegen

dritte Personen, welche etwa den Diebstahl verhindern wollen, qualifiziren das Verbrechen nicht. Es dürfte zwar für diese Beschränkung eine durchgreifende ratio legis nicht aufzufinden sein, da eben das Drohen mit Gewalt das schärfende Moment ist, und es gleichgültig erscheint, ob der Bedrohete ein Interesse zur Sache hat, — allein da die Worte des Gesetzes klar sind, so kann man dieselben nicht überschreiten.

b) Die Drohungen müssen geschehen sein vor Vollendung der Entwendung selbst. Dieß ergibt sich aus dem vom Gesetze erforderten Zwecke derselben, um von Verhinderung des — also noch nicht verübten — Diebstahls abzuhalten. Hiebei kommt es also wiederum auf die oben bereits erörterte Frage an: wann ein Diebstahl für konsummirt zu erachten? Nimmt man das in Sicherheit bringen der gestohlenen Sache als Vollendungsmoment an, so werden Drohungen des sofort nach der That ertappten, auf der Flucht befindlichen Diebes noch unter die Kategorie des §. 15 gehören; stellt man dagegen, wie oben als richtig auszuführen versucht, die Erlangung der Apprehension als factum consummans auf, so gehört ein solcher Fall nicht mehr hieher: man kann dann vielmehr nur die Strafe des verübten, an sich gemeinen Diebstahls, um der Drohungen willen schärfen.

c) Im allgemeinen Theile ist schon erwähnt, daß man zur Anwendung des §. 15 cit. auch erfordern muß, daß die Absicht des Thäters auf ein Handanlegen ohne Schmerzzufügung gerichtet gewesen: wenn dagegen mit dem animus, räuberische Gewalt zu verüben, Hand angelegt, und Schmerz dem Damnifikaten nur durch seine eigene Passivität nicht zugefügt ist, es richtiger erscheint, wegen versuchten Raubes zu strafen.

d) Zweifelhaft ist in der Praxis der Fall geblieben, wenn ein Dieb einem schlafenden, oder höchst betrunkenen Menschen während eines solchen Zustandes der Bewußtlosigkeit durch Handanlegen etwas entwendet. Für die Anwendung des §. 15 sprechen zwar die Worte des Gesetzes; dagegen indessen, daß das Gesetz doch einen Damnifikaten, der fähig ist, sich irgendwie zu widersetzen, der überhaupt weiß, daß Hand an ihn gelegt wird, vorauszusetzen scheint, indem die

ratio legis die größere, durch die Möglichkeit eines Widerstandes nicht geschreckte Keckheit des Diebes ist.

e) Wenn wirklich vom Diebe Hand an Jemand gelegt wird, so ist zwar zur Anwendung des §. 15 ebenfalls erforderlich, daß dieß vor vollendeter Entwendung geschehen; darauf kommt hingegen nichts an, an wen Hand angelegt ist, ob dieß der Eigenthümer, Wächter oder irgend ein Dritter ist, der die Verübung des Diebstahls zu hindern sucht: augenscheinlich absichtlich allgemein sagt §. 15 in f.: „an einen Menschen," im Gegensatze zu dem ersten Falle bloßer Drohungen.

Die bis jetzt erwähnten Fälle sind die des gewaltsamen Diebstahls im Preußischen Rechte, und zwar die einzigen, in denen das Verbrechen als gewaltsamer Diebstahl zu karakterisiren ist. Zu unterscheiden von ihnen sind einige andere zum Theil schon erwähnten Fälle, deren Strafmaaß nach den Vorschriften über gewaltsamen Diebstahl zu arbitriren ist. Hier bleibt das Verbrechen an sich gemeiner Diebstahl: nur eine härtere Strafe tritt ein: auch bei der Komputation wiederholter Diebstähle kommen diese Fälle nur als gemeiner Diebstahl in Anrechnung. Hieher gehören:

a) der gewerbmäßig betriebene Wild- und Fischdiebstahl,

b) der vierte gemeine Diebstahl,

— diese beiden Fälle sind bereits erörtert —

c) der Fall des §. 1166 h. t.:

„Diebe, welche sich des Nachts in die Häuser schleichen, oder sich über Nacht in denselben verschließen lassen, haben die Strafe des gewaltsamen Diebstahls verwirkt."

Nach der ursprünglichen Absicht der Redaktoren sollte dieser Fall nur als Diebstahl unter erschwerenden Umständen bestraft werden: diese Ansicht des Entwurfs ist jedoch nachher verschärft. Zu bemerken ist hinsichtlich dieses Falles:

α) Es ist wohl der Zweifel erregt: ob nicht §. 1166 durch die Z. V., weil sie dieses Falles nicht gedenkt, aufgehoben sei? Dieß läßt sich jedoch nicht annehmen: denn §. 15 d. Z. V. führt nur die Fälle des wirklichen gewaltsamen Diebstahls auf, hiezu gehört der vorliegende auch nach dem ALR. gar nicht, es war also auch eben so wenig Veranlassung, seiner dort zu erwähnen, als etwa des gewerbmäßigen Wilddieb-

stahls. Die spezielle Disposition des §. 1166 besteht also fort, weil sie in der 3. V. speziell nicht aufgehoben ist.

β) Wann im Sinne unseres Rechts: „Nachtzeit" anzunehmen, davon ist oben beim nächtlichen Diebstahle überhaupt schon die Rede gewesen.

γ) Wenn Jemand sich zwar eingeschlichen, oder einschließen lassen, aber ergriffen wird, ehe er etwas entwendet hat, so wird objektiv stets ein Konat, und zwar delictum inchoatum, vorliegen: man wird jedoch den §. 1171 h. t. nicht analog anwenden dürfen, sondern nur auf poena extraordinaria erkennen können.

Hinsichtlich aller Fälle des gewaltsamen Diebstahls sind noch folgende allgemeine Bemerkungen zu machen:

1) Es muß der animus lucri faciendi in dem strengeren, schon oben beim gemeinen Diebstahle erwähnten, Sinne vorhanden gewesen sein. Gewaltsamer Diebstahl aus Lüsternheit wird nur mit der durch körperliche Züchtigung geschärften Strafe des gemeinen Diebstahls belegt. — §. 1170 h t. Diebstahl aus Lüsternheit wird jedoch auch hier nur anzunehmen sein, wenn sofort genießbare Lebensmittel zur Befriedigung augenblicklichen Bedürfnisses oder Appetits entwendet sind, sowie, wenn Feld- und Gartenfrüchte, derer §. 1170 als Lebensmittel auch gedenkt, sich noch auf dem Felde oder in Gärten befanden. Cf. Simon und Strampff Rechtsspr. Bd. I, S. 342 sqq.

2) Zweifelhaft ist in der Praxis wohl gewesen: ob, wenn ein kleiner Hausdiebstahl mittelst Gewalt verübt ist, das Verbrechen von Amtswegen zu untersuchen, oder das Verfahren vom Antrage des Hausvaters abhängig zumachen sei? Erwägt man, daß einerseits §. 1137 h. t. seiner Stellung nach nur von kleinen gemeinen Diebstählen handeln kann; daß andererseits schon beim großen gemeinen Hausdiebstahle das Verfahren ex officio eintritt, um so mehr dieß also bei dem als härteres Verbrechen überall im Preußischen Rechte angesehenen gewaltsamen Diebstahle der Fall sein muß, so wird man sich unbedenklich dafür entscheiden müssen, daß beim gewaltsamen Hausdiebstahle niemals auf die Rüge des Hausvaters etwas ankommen kann. Cf. Hitzig, Bd. VIII, S. 303, Bd. X, S. 225.

3) Hinsichtlich der Frage: wann beim gewaltsamen Diebstahle delictum für consummatum zu erachten? war schon im gemeinen Rechte kontrovers, ob zur poena ordinaria erforderlich sei, daß etwas gestohlen worden — Carpzov l. l. II, 79, 53; Böhmer Medit. ad art. 159 §. 8 —; das ALR. hat diese Kontroverse entschieden, in den §§. 1171, 1172 h. t.:

„Die Strafe des gewaltsamen Diebstahls ist verwirkt, sobald das gefährliche Einsteigen oder Erbrechen mit der Absicht, zu stehlen, wirklich geschehen ist."

„Doch findet, wenn die Besitznehmung der gestohlenen Sachen nicht vollendet worden, nur der geringere Grad der gesetzlichen Strafe Statt."

Der geringere Grad gesetzlicher Strafe soll heißen der niedrigste Grad der ordentlichen. Unter das minimum hiervon kann man nicht gehen, da die Strafe eine ordinaria bleibt, wie §. 1171 init. klar ergibt. Ueberschreiten darf man den niedrigsten Grad dagegen auch nur beim Vorhandensein solcher Schärfungsgründe, die, wenn die Besitznehmung der Sachen vollendet gewesen wäre, noch ein weit höheres Maaß der Strafe gerechtfertigt haben würden.

Der Gebrauch der Gewalt muß unbedingt vollendet gewesen sein, um auf poena ordinaria zu erkennen.

4) Was nun endlich das Strafmaaß des ersten gewaltsamen Diebstahls anbetrifft, so ist dieß in der Praxis durch die vage Bestimmung des §. 16 d. Z. V. sehr kontrovers geworden.

Der §. 1167 h. t. verordnete deutlich:

„Gewaltsame Diebstähle sollen mit Zuchthausstrafe auf sechs Monate bis drei Jahre (nebst Willkommen und Abschied) bestraft werden."

§. 16 cit. sagt dagegen:

„Wer eines gewaltsamen Diebstahls überführt wird, erhält körperliche Züchtigung im geschärftesten Grade, und wird auf Ein oder mehrere verhältnißmäßig zu bestimmende Jahre in eine strenge Besserungsanstalt eingesperrt, auch daraus nicht eher entlassen, als bis er nachgewiesen hat, daß und wie er sich künftig auf ehrliche Art zu ernähren im Stande sei."

Klar ist hiebei nun zwar, daß Ein Jahr der niedrigste Grad der ordentlichen Strafe sein soll; welches ist aber das höchste Maaß der „mehreren Jahre?"

Sehr häufig nimmt man 3 Jahre mit Rücksicht auf das ALR. an, und stützt sich hiefür wohl auf §. 32 d. Z. V., wonach bei entstehenden Zweifeln in Anwendung der Z. V. auf das ALR. verwiesen wird. Allein diese Vorschrift kann man im vorliegenden Falle um deßhalb nicht anwenden, weil hier aus dem §. 16 die Absicht der ZV., das ALR. zu ändern, klar ist, hier also von einer Verweisung auf dasselbe nicht mehr die Rede sein kann. Daß drei Jahre nicht das höchste Strafmaaß sein können, erhellt auch aus dem Ausdrucke des §. 16: „verhältnißmäßig zu bestimmende Jahre;" müßte sich das richterliche arbitrium in den engen Grenzen von 1, 2, 3 bewegen, dann könnte von verhältnißmäßiger Bestimmung die Rede nicht wohl sein. Desselben Ausdrucks bedient sich der 45ste Kriegsartikel; setzt aber zugleich ausdrücklich auf 1 — 8 Jahre das Strafmaaß fest. Auch hieraus ergiebt sich, daß wenigstens die Redaktoren der Militairstrafgesetze der Meinung nicht gewesen sind, daß §. 16 auf 3 Jahre beschränkt sei; denn alle Diebstahlsstrafen der Art. 43 — 45 sind ziemlich gleich den Zivilstrafgesetzen, es hat also auch das 1 bis 8jährige Strafmaaß nichts Schärferes unzweifelhaft enthalten sollen, sondern nur eine Fixirung des unbestimmten Strafmaaßes der ZV. Endlich würde man durch obige Ansicht für den Fall des gewaltsamen Diebstahls durch Drohungen oder Handanlegen dahin kommen, daß die Z. V. die landrechtliche Strafe, welche 8 — 10 Jahre war, höchst bedeutend gemildert habe, und dieß läßt sich um so weniger annehmen, als die Erhöhung des niedrigsten Strafmaaßes um das Doppelte ergibt, daß die Z. V. gerade beim gewaltsamen Diebstahle hat schärfen wollen. Cf. Paalzow Magazin, Bd. II. S. 85.

Als die richtigste Grenze für das Strafmaaß des ersten gewaltsamen Diebstahls nach der Z. V. erscheint eine 10jährige Freiheitsstrafe. Hiefür spricht erstlich, daß mit 10 Jahren die Strafe des zweiten gewaltsamen Diebstahls beginnt, bis dahin also die Strafe des ersten ganz konsequent gehen kann. Hier ist offenbar auch die Grenze des Ausdrucks: „mehrere Jahre," dem Sprachgebrauche nach, da über 10 nicht wohl mehr darunter begriffen werden kann, bis 10 aber gewiß. Dann kommt auch die Bestrafung des Falles des Handanlegens und der Drohungen mit dem landrechtlichen Strafmaaße in völligen Einklang. Es blickt endlich diese Ansicht auch aus dem Strafmaaße der Kriegs-

artikel hervor, da diese den Fall des Handanlegens und der Drohungen, dessen landrechtliche Strafe 8 — 10 Jahre waren, wieder als Raub ansehen, und mit Ausschluß dieses strafbarsten Falles dann bis 8 Jahre gehen. Es dürften diese Gründe zur Motivirung der, vom Kriminal-Senate des OLGerichts zu Magdeburg in neuerer Zeit ununterbrochen befolgten, Ansicht genügen, daß von 1 — 10 Jahren das richterliche arbitrium bei Bestrafung des ersten gewaltsamen Diebstahls Spielraum habe.

§. 10.

B. Gewaltsamer Diebstahl unter erschwerenden Umständen.

I. Das ALR. erwähnt in den §§. 1174 — 1180 mehrere Fälle, die es als gewaltsamen Diebstahl unter erschwerenden Umständen zusammenfaßt, und für welche es eine Straferhöhung bis zu 8 Jahren verordnet. Diese Fälle sind:

a) wenn der Dieb bei einem gewaltsamen Diebstahle mit Gewehr oder anderen gefährlichen Werkzeugen versehen gewesen, ohne jedoch davon Gebrauch zu machen. — §. 1175, 1176.

Hier soll die verwirkte Strafe um 6 Monate bis zwei Jahre verlängert werden, und diese Verlängerung bestimmt werden, theils durch die Beschaffenheit der Waffen, theils durch die den Umständen nach vorwaltende mehrere oder mindere Gewißheit, daß der Dieb bei vorgefundenem Widerstande davon Gebrauch gemacht haben würde.

Unter gefährlichen Werkzeugen sind unzweifelhaft nur solche zu verstehen, die zum Angriffe auf Menschen gebraucht werden können, und da gefährlich sind. Aus §. 1176 ergibt sich ferner, daß nur dann der §. 1175 Anwendung findet, wenn der Dieb in casu keinen Widerstand gefunden; ist dieß der Fall gewesen, aber der Dieb hat von den Waffen keinen Gebrauch gemacht, so hat er durch die That das Schärfungsmoment widerlegt. Dieß ist nur begründet in dem präsumtiven animus des Raubes; wird dieser durch die That selbst ausgeschlossen, so fällt es natürlich weg.

b) Ebenfalls eine Strafschärfung um sechs Monate bis zwei Jahre soll Statt finden, wenn Kirchen-, Staats- oder andere öffentliche Kassen oder Magazine durch gewaltsames Einsteigen oder Erbrechen bestohlen werden. §. 1177.

Hier kommt es also zuvörderst auf den Unterschied nicht an, ob die genannten Gebäude bewohnt gewesen, oder nicht; die schärfere Strafe tritt vielmehr ohne Rücksicht auf §. 1169 h. t. ein. Dagegen ist erforderlich, daß durch Einsteigen oder Erbrechen der Diebstahl verübt sei: denn nur dieser beiden Fälle gedenkt §. 1177 ausdrücklich, und schließt hiedurch die andern Fälle des gewaltsamen Diebstahls aus.

c) Wer von öffentlichen Posten auf der Straße oder in Gasthöfen Kasten, Kisten oder andere Behältnisse abschneidet, oder erbricht, gegen den wird die Strafe des gewaltsamen Diebstahls um 3 — 8 Monate verlängert. — §. 1179. — Der Requisite dieses Falles ist oben bereits näher gedacht.

d) Wenn in den Fällen der §§. 1177 — 1179 der Dieb zugleich mit gefährlichen Waffen versehen gewesen, so soll gegen ihn die gewöhnliche Strafe allenfalls bis zu 8 Jahren verdoppelt werden. — §. 1180. —

Diese Bestimmung ist für die ad b und c oben erwähnten Fälle allerdings konsequent; singulair aber für den Fall des §. 1178. In diesem tritt im Allgemeinen die Strafe des gewöhnlichen Diebstahls ein, und diese soll der Waffen wegen ex §. 1180 geschärft werden, während für alle übrigen Fälle des gewaltsamen Diebstahls wegen der Waffen nur die Schärfung ex §. 1175 eintritt.

Allgemein stellt sich nun aber bei allen diesen landrechtlichen Fällen des gewaltsamen Diebstahls unter erschwerenden Umständen die Frage dar: von welchem Einfluße die Strafbestimmung des §. 16 der Z. V. auf die landrechtlichen Vorschriften ist? Nimmt man an, daß die Strafe des §. 16 nur bis zu 3 Jahren gehe, also mit §. 1167 völlig übereinstimme, dann leidet allerdings die Beantwortung dieser Frage kein Bedenken. Denn da nirgends durch die Z. V. die §§. 1174 sqq. aufgehoben sind, und, daß die Z. V. das ALR. habe mildern wollen, durchaus nicht anzunehmen ist, so wird man die Strafen des ALRs. auch dann in den Fällen der §§. 1174 sqq. zum Grunde zu legen haben. Nimmt man dagegen an, daß die Strafe des gewöhnlichen gewaltsamen Diebstahls schon nach der Z. V. bis zu 10 Jahren gehe, so kommt man hiedurch bereits über das höchste landrechtliche Strafmaaß des schweren gewaltsamen Diebstahls hinaus. Daß man nun diese zehnjährige Strafe in den Fällen der §§. 1175, 1179, 1180

noch würde überschreiten können, dürfte sich nicht vertheidigen lassen. Die dortigen Strafsanktionen beziehen sich wesentlich auf das Strafmaaß des §. 1167, und wollen nur dieß schärfen; wollte man sie dagegen auf das Strafmaaß des §. 16 beziehen, so würde man ihnen eine ganz andere Basis unterlegen, was man ohne Willkühr nicht könnte. Indem die Z. V. das Strafmaaß des gewaltsamen Diebstahls bedeutend erweiterte, hat sie dieß jedenfalls auch als äußerste Grenze aufgestellt, und die Erschwerungsgründe des ALRs. sind sonach nur zu Schärfungsgründen nach der Z. V. geworden. Man wird also allerdings zwar in den landrechtlichen Fällen die sonst verwirkte Strafe in dem angegebenen Maaße erhöhen können, das höchste 10jährige Strafmaaß aber nicht überschreiten dürfen.

II. Wiederholter gewaltsamer Diebstahl.

A. Mehrere sämmtlich noch unbestrafte Fälle.

Hierüber bestimmte das ALR.:

§. 1181: „Hat Jemand mehrere gewaltsame Diebstähle, jedoch ohne erschwerende Umstände, begangen, so soll er mit 1 bis 4jähriger Zuchthausstrafe belegt werden.“

§. 1182: „Ist die wiederholte Ausübung des gewaltsamen Diebstahls mit erschwerenden Umständen verknüpft gewesen, so findet gegen den Verbrecher 4 — 10jährige Strafe Statt.“

Es fehlt bei diesen Strafbestimmungen augenscheinlich der Fall, wenn der erste begangene Diebstahl mit erschwerenden Umständen verknüpft gewesen, die wiederholte Ausübung aber ohne solche geschehen ist: man würde nach dem ALRe. in diesem Falle höchstens auf 8 Jahre kommen können, insofern dieß Strafmaaß nach §. 1180 das höchste für den ersten gewaltsamen Diebstahl unter erschwerenden Umständen ist.

Die Z. V. enthält eine Strafbestimmung für wiederholte unbestrafte gewaltsame Diebstähle gar nicht. Auf das allgemeine Prinzip des §. 57 h. t. darf man um so weniger zurückgehen, da von diesem schon §. 1181 eine ganz klare Abweichung enthält. Eine analoge Schärfung des 1 — 10jährigen Strafmaaßes um so viel, als §§. 1181 — 1182 das Strafmaaß des §. 1167 erhöhen, würde dieselben Gründe gegen sich haben, welche bei Erörterung der §§. 1174 — 1180 so eben erwähnt sind.

Man muß vielmehr, ganz nach Analogie der Vorschriften für unbestrafte gemeine Diebstähle gleicher Qualifikation, annehmen, daß die Wiederholung eines gewaltsamen Diebstahls vor Bestrafung eines früher begangenen gewaltsamen nur Schärfungsgrund innerhalb des überhaupt gesetzlichen Strafmaaßes des ersten Diebstahls sein kann, daß man also über 10 Jahre in den Fällen der §§. 1181 — 1182 nicht hinauskommen kann. Ganz dasselbe findet natürlicher Weise Statt, wenn ein bloß gemeiner und ein gewaltsamer Diebstahl zusammen zu bestrafen sind.

B. Zweiter gewaltsamer Diebstahl.

Hierüber disponirt:

§. 1183 h. t.: „Ist Jemand wegen gewaltsamen Diebstahls bereits Ein Mal verurtheilt worden, so soll er bei dessen Wiederholung, je nachdem erschwerende Umstände vorwalten, oder nicht, mit 10jähriger bis lebenswieriger Freiheitsstrafe belegt werden.“

§. 18 d. Z. V.: „Wird ein bereits wegen gewaltsamen Diebstahls Bestrafter eines nachher begangenen gewaltsamen oder auch sonst nur beträchtlichen Diebstahls überführt, so wird auf mehrmalige strenge Züchtigung und Statt einer bestimmten Zahl Jahre auf Einsperrung bis zur Begnadigung erkannt.“

Hinsichtlich dieser Strafbestimmungen ist nur zu bemerken:

1) Wesentlich ist zur Anwendung des §. 18 cit., daß der Verbrecher schon wegen gewaltsamen Diebstahls bestraft worden. Ein nur wegen gemeinen Diebstahls bisher Bestrafter kann, wenn er einen gewaltsamen Diebstahl begeht, nur wegen ersten gewaltsamen Diebstahls bestraft werden: nur als Schärfungsmoment ex §. 52 kommen seine früheren Verbrechen in Betracht.

2) Ob die Strafe wegen ersten gewaltsamen Diebstahls eine ordentliche oder außerordentliche Strafe gewesen, ist dagegen gleichgültig. Die Worte des Gesetzes erfordern keineswegs eine poena ordinaria, und aus anderen allgemeinen Gründen läßt sich wie oben beim zweiten gemeinen Diebstahle weiter ausgeführt worden, die Nothwendigkeit hievon eben so wenig herleiten.

3) Das ALR. erfordert nur eine früher geschehene Verurthei-

lung wegen gewaltsamen Diebstahls, die Z. V. den klaren Worten nach eine bereits Statt gehabte Bestrafung. Das Reskr. v. 27. Sept. 1820 — Jur. Jb. Bd. 16, S. 86 — spricht zwar die Ansicht aus: §. 18 sei aus der Bestimmung des ALRs. ebenfalls dahin zu interpretiren, daß bloß geschehene Verurtheilung ohne schon Statt gehabte Verbüßung der Strafe, zur Zulässigkeit der Strafe des zweiten Diebstahls genüge. Dieser Meinung wird man jedoch nicht beitreten können. Denn der Ausdruck „Statt gehabte Bestrafung" im §. 18 dürfte als unzweideutig auzusehen sein, und von einer Interpretation desselben daher nicht wohl die Rede sein können. Ferner würde man nach der Ansicht des Reskripts beim gewaltsamen Diebstahl auf eine andere Theorie als beim gemeinen Diebstahl kommen, und hiezu fehlt es an jedem inneren Grunde.

4) Der §. 18 erweitert den §. 1183 wesentlich dadurch, daß er nicht einen zweiten gewaltsamen Diebstahl unbedingt erfordert, sondern nur einen „sonst beträchtlichen," also sei es auch ein gemeiner. Auch hier kehrt der unbestimmte Ausdruck „beträchtlich" in der Z. V. wieder, auch hier wird man, wie im §. 14, denselben für gleichbedeutend erachten müssen mit dem großen Diebstahle des ALRs. Jeder große gemeine Diebstahl also, der von einem bereits wegen gewaltsamen Diebstahls Bestraften verübt ist, wird als zweiter gewaltsamer Diebstahl anzusehen und zu bestrafen sein.

5) Die Strafe des §. 18 ist: Einsperrung bis zur Begnadigung. Zugleich ist jedoch stets eine Frist in tenore des Urtels auszudrücken, binnen welcher von Amtswegen nicht auf Begnadigung anzutragen. Diese Frist ist nach dem Strafmaaße des §. 1183 zu ermessen. S. Reskr. v. 7. Mai 1814 — J. Jb. Bd. 3, S. 298. Der niedrigste Grad der ordentlichen Strafe ist also Einsperrung bis zur Begnadigung, auf welche von Amtswegen vor 10 Jahren nicht anzutragen: der höchste Grad, daß auf Begnadigung von Amtswegen gar nicht anzutragen. Als poena extraordinaria wird man Einsperrung bis zur Begnadigung nicht erkennen dürfen, da sie in ihrer Unbestimmtheit der Dauer nach als eine zeitige Freiheitsstrafe im Sinne der Kr. O. allerdings nicht angesehen werden kann: außerordentlich ist vielmehr

wegen zweiten gewaltsamen Diebstahls, wie auch in praxi wohl allgemein angenommen, stets auf eine bestimmte Anzahl Jahre zu erkennen.

6) Der nach Ablauf der erkannten Strafzeit von Amtswegen etwa zu machende Antrag auf Begnadigung ist Sache der Administrationsbehörde und nach §. 19 d. ZB. zu motiviren.

C. Dritter gewaltsamer Diebstahl.

Wenn ein bis zur Begnadigung Eingesperrtgewesener begnadigt ist und einer nachher begangenen Dieberei überführt wird, so wird er wiederum bis zur Begnadigung eingesperrt, und auf mindestens fünf Jahre der Begnadigung für unwürdig erklärt. §. 20. §. 21. ZB.

Jeder Diebstahl, großer oder kleiner, gewaltsamer oder gemeiner, genügt zur Anwendung des §. 21. Vorausgesetzt wird in diesem Falle jedoch allerdings, daß die Strafe des zweiten gewaltsamen Diebstahls ordinaria gewesen ist. Denn Bedingung des §. 21 ist, daß der zu Bestrafende schon bis zur Begnadigung eingesperrt gewesen, und dieß kann nur der Fall sein, wenn er früher ordinarie bestraft war. Daß die Frist von 5 Jahren nur der niedrigste Grad sei, ergeben schon die Worte des Gesetzes: dieß kann auch nicht zweifelhaft sein, da das wiederholte Verbrechen doch unmöglich milder als das frühere hat bestraft werden sollen.

§. 11.

Diebstahl in Banden.

Hierüber enthält die ZB. eine Bestimmung im §. 26, das ALR. Vorschriften in den §§. 1209 — 1211 h. t.

Zuvörderst wird der Begriff einer Diebesbande an beiden Stellen dahin definirt:

„es sei eine Verbindung Mehrerer, um den Diebstahl als gemeinschaftliches Gewerbe zu betreiben.“

Schon im gemeinen Rechte war aber diese Definition in ihren Anwendungen mehrfach bestritten: auch das Preußische Recht läßt Zweifeln darüber Raum.

Als Requisite einer Diebesbande dürften sich aufstellen lassen:

a) Verbindung Mehrerer. Die Anzahl dieser Personen ist an sich gänzlich unbestimmt: möglicher Weise kann eine Bande aus Zweien bestehen;

b) zur Verübung von Diebstählen überhaupt in der Art, daß die Verbrechen, die sie begehen wollen, noch unbestimmt sind;

c) zu dem Zwecke, durch die Vortheile der Diebstähle lediglich, oder zum Theil wenigstens, ihren Lebensunterhalt sich zu verschaffen.

Die Verabredung der Mehreren muß des Inhalts sein: wir wollen — wo und wie, wissen wir noch nicht, und hängt von der Gelegenheit ab — Diebstähle begehen, und davon mit leben. Cf. Hitzig, Bd. VII. S. 143.

Die Strafbarkeit der socii wird dann je nach der Theilnahme an den einzelnen Diebstählen ermessen. Zu unterscheiden ist:

1) der Rädelsführer. Dieser ist bei einer Bande zwar eine an sich nicht nothwendige Person, allein eine wenigstens in der Regel vorkommende; seine Kennzeichen bestehen hauptsächlich darin, daß er die Rollen der Einzelnen bei Begehung der Verbrechen vertheilt, und auch übrigens bei Verübung der Verbrechen die Andern seinen Befehlen gehorchen. Cf. Hitzig, Bd. XI. S. 247. Für den Rädelsführer hat die ZW. keine Strafsanction, das ALR. dagegen, das in dieser Beziehung also volle Anwendung findet, bestimmt:

a) sind bloß gemeine Diebstähle von der Bande verübt, oder höchstens nur Ein gewaltsamer Diebstahl, so trifft den Rädelsführer 10jährige bis lebenswierige Freiheitsstrafe; §. 1209.

b) sind mehrere gewaltsame Diebstähle verübt, so ist der Rädelsführer mit dem Galgen zu bestrafen. — §. 1210.

Auf diesen singulären stärksten Fall in der ganzen Lehre vom Diebstahl ist also im Preußischen Rechte die Strafe des Galgens, die im frühern Deutschen Rechte regelmäßige Strafe der Diebe, eingeschränkt.

2) hinsichtlich der übrigen Mitverbundenen bestimmte das ALR.

a) bei gemeinen Diebstählen 6 — 10 Jahre — §. 1209;

b) bei gewaltsamen

α) wenn durch die That an sich fünf- oder mehrjährige Freiheitsstrafe verwirkt wäre — lebenswierig,

β) sonst — 10 Jahre. — §. 1211.

Die ZV. bestimmt, ohne diesen Unterschied zu machen:

„Alle, die bei einem von der Diebsgesellschaft verübten Diebstahle selbst Hand angelegt, oder dabei durch Wachehalten behülflich gewesen, werden ebenso bestraft, als wenn sie sich eines Raubes schuldig gemacht hätten."

Die Strafe des Raubes ist nach §. 23 ZV. §. 1189 **h. t.** Einsperrung bis zur Begnadigung, auf welche von Amtswegen vor Ablauf von mindestens 10 Jahren nicht anzutragen. Zu bemerken ist bei dieser derogatorischen Bestimmung der ZV.: daß es also erstlich nicht darauf ankommt, ob das einzelne Mitglied einer Bande an Einem oder mehreren Verbrechen Theil genommen; daß ferner, wie auch schon dem Grundsatze des §. 73 **h. t.** gemäß ist, die mehr oder minder wesentliche Theilnahme an den einzelnen Handlungen des Verbrechens, in Betracht der vorgängigen Verabredung, gleichgültig ist; daß endlich bei Bestrafung der Mitglieder zur Seite liegt, ob gewaltsame oder gemeine Diebstähle verübt sind, dieser Unterschied vielmehr nur beim Rädelsführer von Erheblichkeit ist.

§. 12.

Theilnahme am Diebstahle.

Zu unterscheiden sind folgende von einander zu trennende Fälle:

A. Vor der That verabredete Theilnahme an dem Verbrechen und dessen Vortheilen.

Durch eine solche ist in der Regel die Strafe des vom Haupturheber selbst begangenen Verbrechens verwirkt. Der §. 73 **h. t.** gibt das allgemeine Prinzip der Strafbarkeit der **socii ex pacto** dahin:

„Wenn Mehrere sich zu einem gemeinschaftlich auszuführenden Verbrechen verbunden haben, so muß Jeder von ihnen für sämmtliche verabredete Handlungen haften, wenn er auch nur zu Einer behülflich gewesen wäre."

Dieser Grundsatz findet ohne Einschränkung auch beim Diebstahl statt. Eine spezielle Anwendung desselben stellt §. 1219 h. t. auf: daß bei gewaltsamen Diebstählen derjenige als Miturheber zu betrachten, welcher die ausgeübte Gewalt durch Lieferung der Werkzeuge, Wachehalten, oder andere Hülfsleistungen, wissentlich unterstützt hat. Hienach bedarf es zur vollen Bestrafung eines socius ex pacto nur, daß derselbe zu einer Handlung des Diebstahls selbst Hülfe geleistet. Dieß Prinzip dehnt aber §. 1218 h. t. noch dahin aus: daß wenn eine Verabredung auch nur dahin getroffen ist, daß Einer den Diebstahl allein verüben, der Andere dagegen an den Vortheilen Theil nehmen solle, dieser in Ansehung der mit dem Thäter verabredeten Handlungen, d. h. soweit der Thäter das Verbrechen, wie verabredet, ausgeführt hat, als Miturheber zu bestrafen ist. Die Strafe des §. 1218 wird nur durch die Thatsache bedingt, daß der Mitverabredende an den Vortheilen des Diebstahls Theil zu nehmen beabsichtigt hat; ob er den verabredeten Vortheil wirklich empfangen, ist gleichgültig. — §. 1220.

Sobald sonach Jemand vor Verübung eines Diebstahls mit dem Thäter eine Theilnahme an der That selbst, oder an deren Vortheilen verabredet hat, so trifft ihn lediglich um deßhalb die Strafe des auctor. In Einem Falle wird sogar ein solcher socius noch härter als ein auctor bestraft, nämlich in dem des §. 1222 h. t.:

„Wächter und Wachen, welche wissentlich aus gewinnsüchtigen Absichten einen Diebstahl geschehen lassen, haben die Strafe des gewaltsamen Diebstahls verwirkt, auch wenn die That selbst ohne Gewalt verübt worden.“

Dieser §. setzt indeß stets sowohl eine vorgängige Verabredung der Wächter mit den Dieben voraus, als einen ihnen versprochenen Vortheil. Fehlen diese Requisite, so kann nur von einer Begünstigung des Hauptverbrechers die Rede sein, und in Ermangelung anderer Strafbestimmungen nur eine willkührliche Bestrafung ex §. 82 h. t. eintreten.

B. Theilnahme an den Vortheilen des Diebstahls nach der That.

Ueber diesen Fall: daß Jemand vor der Verübung des Diebstahls mit den Thätern keine Verabredung getroffen, nachher

aber mit denselben gemeinschaftlich an den Vortheilen des Diebstahls Theil nimmt, ist in der Lehre vom Diebstahl ein spezielles Strafgesetz nicht vorhanden. Es findet sonach hiefür der §. 83 h. t. unbeschränkte Anwendung, wonach

diejenige Strafe eintritt, welche der ordentlichen Strafe desjenigen Verbrechens, von welchem Nutzen gezogen, am Nächsten kommt.

Von selbst versteht sich hiebei, daß erstlich nur von wissentlicher Theilnahme die Rede ist; es kommt aber auch ferner darauf an, inwieweit der an den Vortheilen eines Diebstahls Theilnehmende die Qualifikation des begangenen Diebstahls gekannt hat. Es muß ihm nachgewiesen werden die Wissenschaft, daß der Diebstahl ein gewaltsamer, ein großer gewesen, um ihn mit der poena ordinariae proxima dieser Verbrechen zu belegen, sonst kann nur die proxima der Strafe des gemeinen, resp. des kleinen Diebstahls, eintreten. Cf. Hitzig, Bd. XIV. S. 181.

C. Diebeshehlerei.

Hierüber bestimmten §. 1223, §. 1230 h. t.:

„Wer Diebesgesindel seines Nutzens wegen hegt, oder Dieben zur Verheimlichung, Fortschaffung, oder Veräußerung der gestohlenen Sachen Hülfe zusagt, und leistet, hat sechsmonatliche bis zweijährige Freiheitsstrafe und Züchtigung verwirkt, und geht des gemißbrauchten Gewerbes verlustig."

§. 28 d. ZV. verordnet:

„Wer wissentlich einem Diebe in Aufbewahrung oder Verheimlichung der gestohlenen Sachen behülflich ist, ihm in seiner Wohnung einen Zufluchtsort verstattet, oder ihm sonst Gelegenheit verschafft, sein Verbrechen zu verheimlichen, sich der Verhaftung zu entziehen, oder zu entweichen, wird eben so bestraft, als wenn er einen gemeinen Diebstahl begangen hätte. Macht sich Jemand in Ansehung einer Diebesbande solcher wissentlichen Theilnahme schuldig, so wird er so bestraft, als wenn er einen gewaltsamen Diebstahl verübt hätte."

Zu bemerken ist hinsichtlich dieser Strafsanktionen:

a) die landrechtliche strengere Vorschrift ist durch die ZV. für abrogirt zu erachten.

b) Unter dem Ausdrucke: „Gelegenheit verschaffen, zu entweichen,“ kann der Fall einer förmlichen Befreiung aus dem Gefängnisse nicht verstanden werden: vielmehr meint das Gesetz namentlich die Verschaffung von Mitteln zur Selbstbefreiung, und die demnächstige Begünstigung nach geschehener Selbstbefreiung.

c) Ob den Diebeshehler die Strafe des großen oder kleinen Diebstahls treffe, hängt davon ab, ob das Objekt, hinsichtlich dessen er als Hehler aufgetreten, über 5 Thlr. beträgt, oder ob, wenn dieß nicht der Fall ist, oder er die Person des Diebes verhehlt, der Diebstahl selbst ein großer war, und dieß dem Hehler bekannt gewesen.

d) Die Strafe des gewaltsamen Diebstahls tritt natürlich nur dann ein, wenn der Hehler nicht selbst zur Diebesbande gehört hat, und deßhalb schon ihn die härtere Strafe des Raubes trifft.

D. Wissentlicher Ankauf gestohlener Sachen.

Die ZV. im §. 29 verweist hierüber auf die Vorschriften des ALRs., welche in den §§. 1238, 1243 sqq. enthalten sind.

Derjenige, der wissentlich eine gestohlene Sache kauft, wird lediglich deßhalb als gemeiner Dieb bestraft; und zwar wird auch hier von dem Werthe der Sache abhängig zu machen sein, ob die Strafe des großen oder kleinen Diebstahls eintritt. Die besonderen Vorschriften der §§. 1243, 1244 für Juden, welche sich dieses Verbrechens schuldig machen, finden nur gegen Schutzjuden Anwendung, nicht gegen Juden, welche Bürgerrechte haben.

E. Unvorsichtiger Ankauf gestohlener Sachen.

Das ALR. in seinen detaillirten Bestimmungen §§. 1231 sqq. unterscheidet

1) diejenigen, die aus dem Handel und Pfänderleihen kein Gewerbe machen;

2) diejenigen, bei denen dieß der Fall ist.

Erstere betreffend, so ist Jedermann bei Kauf- oder Pfandannahme von Sachen verpflichtet, zu prüfen, ob der ihm Anbietende wahrscheinlich darüber zu verfügen berechtigt sei. §. 1231.

Insbesondere

α) von Dienstboten oder Hausgenossen soll man nicht Sachen kaufen, die wahrscheinlicherweise dem Hausvater gehören können, ohne sich bei diesem speziell zu erkundigen — §. 1232, 1233. — Unter Hausgenossen wird man hier namentlich abhängige Familienglieder zu verstehen haben. —

β) Mit unbekannten Leuten soll man sich nicht in Handel über Sachen von Werth und Kostbarkeiten einlassen. — §. 1234.

γ) Ueberhaupt soll dieß Niemand thun, wenn die angetragene Sache von der Beschaffenheit ist, daß Leute vom Stande und Gewerbe des Antragenden dergleichen Sachen nicht zu haben pflegen. — §. 1235.

Wer mit Verabsäumung dieser gesetzlichen Vorsichtsmaaßregeln eine gestohlene Sache kauft, oder zum Pfande annimmt, soll willkührlich bestraft werden — §. 1240 —; macht er sich eines solchen Verbrechens zum zweiten Male nach vorgängiger Bestrafung schuldig, so wird die Strafe verdoppelt — §. 1241 — braucht also dann nicht mehr in den Grenzen einer willkührlichen (§. 35) zu bleiben; gegen Juden tritt im Wiederholungsfalle die Strafe des wissentlichen Ankaufs ein — §. 1246 —.

Solche Personen, die aus Handel oder Pfänderleihen ein Gewerbe machen, müssen ebenfalls die eben erwähnten Vorsichtsmaaßregeln anwenden. Sobald

a) durch Erwägung dieser, oder

b) aus dem die Forderung des Verkäufers beträchtlich übersteigenden Werthe der Sache,

c) weil sie durch öffentliche Bekanntmachungen, Warnungen, oder glaubwürdige Privatanzeigen, benachrichtigt sind, daß Sachen der Art gestohlen seien, oder verloren worden,

ihnen ein Verdacht erwachsen muß, daß die angebotenen Sachen entwendet seien, sind sie schuldig, der Polizeibehörde Anzeige zu machen.

Allein die Unterlassung dieser Pflicht schon, auch wenn sie die Sachen nicht erwerben, zieht, sobald dieselben gestohlen waren, willkührliche Bestrafung nach sich. — §. 1236, 1237.

Kaufen oder nehmen sie solche Sachen wirklich zum Pfande und es sind gestohlene, so tritt

1) wenn bloß die allgemeinen Vorsichtsmaaßregeln vernachlässigt sind, willkührliche Strafe ein;

2) wenn sie dagegen durch Bekanntmachungen, Warnungen, speziell auf dergleichen Sachen aufmerksam gemacht sind, die Strafe des gemeinen Diebstahls, auch wenn sie wissentlichen Ankaufs nicht überführt sind, und im Wiederholungsfalle außerdem Untersagung der Ausübung des Gewerbes bei mehrjähriger Gefängniß- oder Zuchthausstrafe. — §. 1239, §. 1242.

Zu erwähnen ist hier noch die Frage: ob, wenn feststeht, daß eine Sache gestohlen worden, und ebenfalls, daß Jemand dieselbe unvorsichtigerweise gekauft hat, dagegen Verkäufer und Dieb selbst unbekannt sind, eine Bestrafung des Ankäufers zulässig ist? Es ist dieß öfters in praxi wohl verneint, weil man annimmt: Ankauf gestohlener Sachen sei ein Pertinens des Hauptverbrechens, und dieß, der Dieb selbst also, müsse ausgemittelt sein. Diese Ansicht erscheint jedoch nicht richtig. Sobald feststeht: eine Sache ist gestohlen, und es ist eine Person vorhanden, welche hinsichtlich derselben ein Strafgesetz, §. 1240 etwa, übertreten, so kann diese offenbar ebensogut bestraft werden, als man einen Dieb straft, wenn ein zweiter, der jedenfalls mitgestohlen hat, unermittelt geblieben ist.

Ein spezielles Strafgesetz existirt endlich noch in der Verordn. v. 5. Mai 1809 — Mathis, M. S. Bd. 8. S. 362 — für Solche, die Schiffern, Schiffsknechten, Sachen, die zu ihrer Ladung gehören, abkaufen. Hier soll die Strafe der Diebeshehlerei eintreten, d. h. die Strafe des gemeinen Diebstahls. Zunächst interessirt dieß Gesetz hier zwar nur insoweit, als sich wirklich eine Entwendung der verkauften Sachen ergiebt: allein zur Anwendung der Strafe dieser Verordn. wird dieses Requisit nicht erfordert, vielmehr wird jeder Ankauf von Getreide, Holz, Heu, Waaren, die verladen zu werden pflegen, wenn Schiffsleute die Verkäufer sind, schon bestraft, als wenn diese Sachen gestohlen wären.

§. 13.

Untersuchung des Verbrechens des Diebstahls.

Das prozessualische Verfahren für das Verbrechen des Diebstahls unterscheidet sich im Wesentlichen nach Preußischem Rechte

von dem allgemeinen Untersuchungsverfahren nicht: nur einige ihm eigenthümliche Momente sind zu erwähnen.

A. Was den Beweis des objektiven Thatbestandes anlangt, so erforderte

1) beim gewaltsamen Diebstahle der §. 179 Kr. O. als Regel, daß der Richter die vorhandenen Spuren der Gewalt durch den Augenschein konstatiren solle. Durch die KO. v. 4. Dez. 1824 — G. S. d. h. a. S. 221 — ist diese Bestimmung jedoch insoweit geändert, daß es der Besichtigung nur dann bedürfen soll, wenn die gebrauchte Gewalt nicht auf andere Art erwiesen werden kann. Hienach ist jetzt Einnahme des Augenscheins nur Ausnahme.

2) die Feststellung des Thatbestandes reduzirt sich im Allgemeinen

a) auf die Gewißheit, daß die Sache gestohlen sei. Hiezu genügt in der Regel die bloße nicht eidlich zu bestärkende Angabe des Damnifikaten, d. h. des bisherigen Besitzers der Sache, aus dessen Gewahrsam sie entwendet worden — §. 186 Kr. O. — Wenn der Richter nach seinem Ermessen Grund zu der Vermuthung hat, daß der Diebstahl vorgespiegelt worden, so darf er den Bestohlenen zur eidlichen Bestärkung seiner Angabe anhalten, oder von demselben Bescheinigung der Entwendung verlangen. Ist eine solche nicht möglich, oder verweigert der Bestohlene die Eidesleistung, so fällt natürlich der Grund zur Untersuchung weg — §. 187, 189 ibid. —. Verübte Gewalt muß stets durch den Eid erwiesen werden; wird es aber dadurch vollständig. — §. 180. —

b) auf die Gewißheit über den Werth der gestohlenen Sache. Es ist hierbei zu unterscheiden:

α) Die gestohlenen Sachen sind wieder herbeigeschafft. Der Regel nach ist ihr Werth durch Sachverständige eidlich abzuschätzen. Sind sie jedoch von der Art, daß sie zum gewöhnlichen Gebrauche im Leben dienen, so kann der Inquirent, oder jeder glaubwürdige Hauswirth, auch der Damnifikat, dieses Gutachten, ohne daß es dessen eidlicher Bestärkung bedarf, abgeben. §. 181, 182 ibid.

β) Sind die Sachen nicht mehr herbeizuschaffen, so muß der Damnifikat ihren gemeinen Werth zur Zeit der That angeben, und zwar in der Regel eidlich. Dieses Eides bedarf es nur dann nicht, wenn der Dieb, des Verbrechens geständig, gegen den angegebenen Werth keine Einwendungen macht, und der Bestohlene sonst ein glaubwürdiger Mann ist.

B. Der Beweis der Thäterschaft

muß dem Angeschuldigten beim Diebstahle wie bei jedem anderen Verbrechen geführt werden. Die allgemeinen Beweisgrundsätze gelten durchaus ohne Ausnahme. Unter den Indizien, die das Gesetz als nahe, beispielsweise, aufführt, ist Eins dem Diebstahle und Raube eigenthümlich, nämlich der Besitz gestohlener Sachen verbunden damit, daß der Angeschuldigte eine rechtmäßige Erwerbungsart nicht anzugeben, oder die angegebene nicht zu erweisen oder wenigstens wahrscheinlich zu machen vermag. — §. 400 Kr. O. —

Zu bemerken ist hiebei nur, daß der Besitzer gestohlener Sachen, also stets den Beweis einer rechtmäßigen Erwerbsart antreten muß, und nicht ihm der Beweis unrechtmäßigen Erwerbs zu führen ist. Verdächtig macht ihn der Besitz als solcher; lediglich um desselben willen muß er seinen Titel angeben: kann oder will er dieß nicht, so erhebt sich der Verdacht zu einem nahen indicium des Diebstahls. Voller Beweis rechtmäßiger Erwerbung wird jedoch zur Entkräftung des Verdachts des Diebstahls nicht erfordert, sondern nur ein Wahrscheinlichmachen — natürlich in favorem defensionis. Wenn bei diesem Beweise der Erwerbsart unvorsichtiger Ankauf sich ermittelt, so fällt natürlich zwar der Verdacht des Diebstahls weg, dagegen kann die Strafe wegen jenes Ankaufs eintreten.

C. Hinsichtlich des Untersuchungsverfahrens ist nur zu erwähnen:

1) die Bestimmung des §. 208 Kr. O. Wenn die allgemeinen Requisite der Zulässigkeit einer Verhaftung vorhanden sind, daß nämlich die Existenz des Verbrechens wahrscheinlich ist, und daß ferner irgend ein Verdacht gegen eine bestimmte Person vorliegt, dann soll jeder des Diebstahls Beschuldigte in der Regel verhaftet werden, ohne Rücksicht auf die sonst relevirende Höhe der zu erwartenden Strafe.

2) Des Diebstahls Angeschuldigten soll sicheres Geleit nie ertheilt werden. — §. 247 ibid.

3) Von der Regel: daß während der Untersuchung Angeschuldigte nicht gezüchtigt werden dürfen, gilt die allgemeine Ausnahme, wenn sie frecher Lügen oder verstockten Leugnens sich schuldig machen. In Anwendung auf das Verbrechen des Diebstahls nimmt das Gesetz dieß speziell an, wenn der Dieb nicht anzeigen will, wo sich die entwendeten Sachen befinden, oder durch falsche Angaben darüber den Richter täuscht — §. 294 ibid. —; dann ist nach der näheren Maaßgabe der §§. 292, 293 eine solche Züchtigung zulässig.

4) Bei Untersuchungen gegen Diebesbanden darf der Richter, wenn er Gründe zu der Vermuthung hat, daß das Versprechen der Begnadigung zur Ausmittelung der Thäter dienen könne, die Erlaubniß hiezu höhern Orts in Antrag bringen. — §. 298, 289 ibid.

5) Beim Defensionsverfahren endlich ist von der Regel: daß, wenn das Verbrechen mindestens 10jährige Freiheitsstrafe nach sich zieht, die protokollarische Vertheidigung nicht genügt, sondern eine besondere Vertheidigungsschrift einzureichen ist, beim Diebstahle eine Ausnahme gemacht — §. 437 —; die Defension für Diebe kann ohne Rücksicht auf die sie erwartende Strafe stets zu Protokoll geschehen.

Druck von Eduard Hänel in Magdeburg.

Druckfehler:

Seite	3	Zeile	7	v. u.	lies:	ziviliſtiſche	ſtatt:	iviliſtiſche
»	11	»	17	» o.	»	Ratihabition	»	Retihabition
»	11	»	3	» u.	»	geſtützten	»	geſtützte
»	16	»	6	» »	»	Verbrechers	»	Verbrechens
»	16	»	5	» »	»	und	»	um
»	17	»	18	» o.	»	Böhmer	»	Böhme
»	17	»	13	» u.	»	Pr. R. C. qu.	»	qu. Pr. R. C.
»	36	»	21	» o.	»	Aufbewahrungsorte	»	Aufenthaltsorte
»	52	»	12	» u.	»	geſchärft um	»	ge= dann geſchärft um

Bayerische StaatsBibliothek
Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Funk, Aemil,

Das Verbrechen des Diebstahls nach Preussischem Rechte

Magdeburg 1837

Crim. 449 i
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10396321-8